



Government of Canada Gouvernement du Canada

CA1
IA
-2009
A11

ABORIGINAL CONSULTATION AND ACCOMMODATION

Interim Guidelines
for Federal Officials
to Fulfill the Legal Duty to Consult

FEBRUARY 2008

Canada 

Published under the authority of the
Minister of Indian Affairs and Northern
Development and Federal Interlocutor for
Métis and Non-Status Indians
Ottawa, 2009
www.ainc-inac.gc.ca
1-800-567-9604
TTY only 1-866-553-0554

QS-7105-000-BB-A1
Catalogue number: R3-111/2009
ISBN number: 978-1-100-50392-9

Minister of Public Works and Government
Services Canada

Cette publication est aussi disponible en français sous le titre : Consultation et
accommodement des groupes autochtones - Lignes directrices provisoires à
l'intention des fonctionnaires fédéraux afin de remplir l'obligation de consulter

ABORIGINAL CONSULTATION AND ACCOMMODATION

Interim Guidelines
for Federal Officials
to Fulfill the Legal Duty to Consult

TABLE OF CONTENTS

PART A – INTRODUCTION

I	Introduction	5
II	Purpose	7
III	Context	7
	– Historical	7
	– Legal	8
	– Geographic	8
IV	Guiding Principles	9
	– Legal Principles	9
	– Principles from Practice	10

PART B – INFORMATION FOR MANAGERS

I	Roles and Responsibilities	15
	– Federal Departments/Agencies (the Crown)	15
	– Aboriginal Groups	17
	– Provinces and Territories	17
	– Third Parties	18
II	Getting Organized For Crown Consultation Processes	18
	– Organizing your Department/Agency for consultation	19
	– Financial and human resources considerations	21
	– Training considerations	22
	– Engaging DOJ counsel in the consultation process	23
	– Conducting consultations – checklist of fundamentals	24

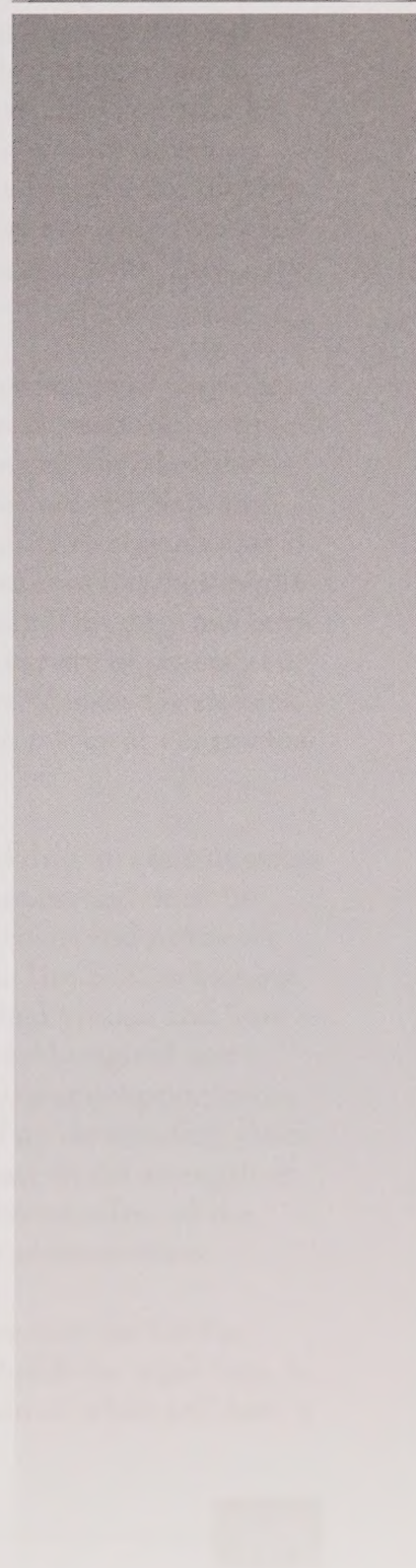
ANNEX A: DEFINITIONS	25
ANNEX B: LEGAL CASE SUMMARIES	29
PART C – INFORMATION FOR PRACTITIONERS	
THE CROWN CONSULTATION PROCESS	37
Phase 1: Pre-Consultation Analysis and Planning	38
– Step 1: Describe and map out intended project/activity	39
– Step 2: Conduct background research on Aboriginal groups in the area and their rights and identify potential adverse impacts of the proposed project/activity	40
– Step 3: Undertake initial assessment and analysis, including strength of claim assessment	42
– Step 4: Determine potential severity of adverse impacts of proposed project/activity on established or potential section 35 rights	44
– Step 5: If a legal duty appears to exist, establish its content (initial form and content of consultation process)	46
Phase 2: Crown Consultation	48
– Implement the consultation process	48
Phase 3: Accommodation	51
– Step 1: Collect background information supporting the basis for accommodation	53
– Step 2: Review and determine accommodation option(s)	54
– Step 3: Determine the selected accommodation options(s)	55
– Step 4: Document and communicate the decision(s)	55
Phase 4: Implementation, Monitoring and Follow-Up	56
– Step 1: Implement the decision	56
– Step 2: Monitoring	57
– Step 3: Follow-up	57
END NOTES	58

PART A

ABORIGINAL CONSULTATION AND ACCOMMODATION

Interim Guidelines
to Fulfill the Legal Duty to Consult

AN INTRODUCTION





Digitized by the Internet Archive
in 2022 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761115563793>

I INTRODUCTION

The Government of Canada consults with Canadians on matters of interest and concern to them. Consulting is an important part of good governance, sound policy development and decision-making. In addition to good governance objectives, the federal government consults with Aboriginal people for legal reasons. Canada has statutory, contractual and common law obligations to consult with Aboriginal groups. The process leading to a decision on whether to consult includes a consideration of all of these factors and their interplay. The focus of the Interim Guidelines however is not on the broader context but on when, who and how to consult pursuant to the common law duty to consult most recently described by the Supreme Court of Canada in *Haida*¹, *Taku River*² and *Mikisew Cree*³.

The common law duty to consult is based on judicial interpretation of the obligations of the Crown in the context of existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada, recognized and affirmed in section 35 of the *Constitution Act, 1982*^{4 5}. In the *Haida* and *Taku River* decisions, the Supreme Court of Canada (SCC) held that the Crown has a legal duty to consult and, if appropriate, accommodate, when the Crown contemplates conduct that might adversely impact section 35 rights (established or potential). This duty has been applied to an array of Crown actions and in relation to a variety of potential or established Aboriginal and treaty rights. For the purposes of these Guidelines, the legal duty to consult refers to the common law duty; statutory or contractual obligations to consult will be referenced as such.

In these decisions, the SCC also determined that the legal duty to consult stems from the Crown's unique relationship with Aboriginal peoples and must be discharged in a manner that upholds the honour of the Crown and promotes reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal interests. The SCC is looking at how the Crown manages its relationships with Aboriginal groups and how it conducts itself when faced with constitutionally protected Aboriginal and treaty rights. Crown decisions can be subject to review by a court prior to the final definition of an established right or the resolution of an outstanding claim. The scope and content of consultation will be proportionate to the strength of the potential right and the seriousness of the potential adverse effect of the contemplated activity. Consultation may reveal a need to accommodate.

Other than this broad general framework, the courts have thus far left the detailed exercise of implementing processes designed to fulfill the legal duty, to government. An awareness of the duty and a consideration of when and how it

might apply and how it corresponds with existing departmental or agency consultation policies must become part of the government's daily business including such activities as operational decisions, policy development, negotiations and legislative processes. These Interim Guidelines seek to provide guidance in determining how and when the legal duty to consult is triggered and need to be considered by government officials in the course of their work. They reflect the federal government's understanding of the legal parameters of the duty.

In the coming months, work will be undertaken to develop a federal policy on consultation and accommodation that will address outstanding legal and policy matters including the scope of the duty, who is the Crown, the nature and scope of accommodation, capacity of government and Aboriginal groups to engage in consultation, and the reconciliation of the evolving legal duty with statutory and other legally based obligations to consult (e.g., comprehensive land claim agreements). It is expected that such a policy, to be informed by engagement with First Nations, Inuit and Métis groups, will enable the legal duty to be fulfilled in a more consistent, coherent, and efficient way across the federal government.

The evolution of consultation case law combined with the "lessons learned" and best practices from within and outside the federal government, will mean that these Interim Guidelines will change over time. In addition, the development of federal policy on consultation and accommodation is anticipated to have a significant influence on the content of these Guidelines. As part of this ongoing process, departments and agencies need to review their current approaches to consultation with Aboriginal groups to ensure that they are consistent with these Guidelines and with the developing consultation policy framework. It is the responsibility of each federal department/agency that is engaged in the contemplated Crown conduct to ensure that adequate consultation and accommodation measures where appropriate, are undertaken for each decision or action it takes, or is part of, which may give rise to a duty to consult.

This document comprises three parts: Part A – Introduction to Interim Guidelines on Aboriginal Consultation and Accommodation; Part B – Interim Guidelines for Managers; and Part C – Interim Guidelines for Practitioners. Part C includes guiding principles for consultation and a step-by-step guide that federal departments and agencies can use to determine if there is a legal obligation to consult, how it may be fulfilled and detailed lists of the kinds of factors that will assist them in managing their consultation efforts.

II PURPOSE

The purpose of this document is to provide practical advice and direction to federal departments and agencies regarding the legal requirement for the Crown to consult with Aboriginal groups and, where appropriate, accommodate their interests. The Interim Guidelines aim to provide steps and pointers for federal departments and agencies when assessing whether consultation with Aboriginal groups is needed on a legal basis and, if so, how to get organized for consultations and what is needed to ensure that meaningful consultation is carried out. Implementation of these Guidelines is a step towards reconciling the need for consistency in federal practices and approaches with the law, by providing common information and tools, and draws upon existing information within the federal system.

All federal departments and agencies are required to comply with the legal duty to consult and possibly accommodate. In addition, a wide array of consultation practices is currently being used across the country (including the existence of many project-specific consultation arrangements). Leaving the decisions on how best to carry out consultation responsibilities solely within the purview of individual federal departments and agencies would likely lead to inconsistent results and potentially increase Canada's legal risk. However, a highly prescriptive set of guidelines would amount to "reinventing the wheel" in many cases where existing consultation processes may be adequate and preferred by the Aboriginal groups involved. Thus, the objective of these Guidelines is to provide an approach to consultation that reconciles the need for consistency in exercising the Crown's legal duty to consult with the desired flexibility, responsibility and accountability of departments and agencies in determining how best to do so.

III CONTEXT

The context within which the requirement to consult Aboriginal groups and, where appropriate, accommodate their interests, may be divided into three distinct but related components: historical legal and geographic.

1. Historical

Consultation with First Nations, Inuit and Métis representatives is a reality across Canada that predates the Supreme Court of Canada decisions. While

these consultation practices differ by project type or by government department/agency, many were developed jointly with Aboriginal representatives and applied in a manner satisfactory to the parties involved. Further, existing public consultation processes may be enough to satisfy the requirement to consult in many situations. In certain cases, these Interim Guidelines will complement or supplement existing consultation processes that exist in different areas of the country. Industry may also establish consultation processes. All existing processes should be assessed to determine what further steps if any the Crown must take to fulfill its legal duty to consult in particular circumstances. An illustrative example is the legislated federal environmental assessment process that has public consultation mechanisms and specific information requirements which may vary from the requirements for the legal duty to consult and will need to be reconciled by federal officials for a proposed project/activity that might have potential adverse effects on section 35 rights. Departments and agencies will need to review their on-going practices in light of the Interim Guidelines set out in this document and make appropriate adjustments or changes.

2. Legal

The legal duty to consult developed in the Supreme Court of Canada decisions of *Haida*, *Taku River* and *Mikisew Cree* forms the basis of these Interim Guidelines. There are a number of other legal reasons and sources for the Crown obligation to consult with Aboriginal groups, including: statutory and regulatory provisions, comprehensive land claim agreements, treaties, contractual arrangements, and more specific common law requirements that may be triggered in a particular context. It is important to identify the legal source of potential consultation obligations as this will inform and may guide what is required in the particular context. Department of Justice legal counsel can assist in this regard.

3. Geographic

The application of common approaches to consultation and, where appropriate, accommodation across the country, must be reconciled with the fact that established and potential Aboriginal and treaty rights vary in both scope and content. Such rights vary depending on the particular treaty, the kinds of activities, resources or claims that exist, and the area of the country where the project/activity is proposed to take place. As well, modern land claim

agreements often contain their own consultation provisions, which were agreed upon by all parties. Consultation procedures and approaches must therefore be sensitive to these differences and provide for appropriate adaptations to address the different kinds of rights and obligations on the Crown that are at issue in different geographical areas in the country.⁶

For reference purposes, the Indian and Northern Affairs internet site offers a map of Canada that illustrates the geographic location of modern treaties (i.e. comprehensive land claim agreements). You can find it at <http://geoviewer/geoviewer/Default.aspx?Map=CLAIMCOMP> . You can print by using the “Print” tab on the left side of the screen.

IV GUIDING PRINCIPLES

When developing and implementing processes for consultation and accommodation, the Crown will be guided by a series of principles that have emerged both from the case law and consultation practice by government over the years.

Legal Principles

The following legal principles apply in all contexts in which consultation obligations may arise. They outline the basis for this obligation and the objectives that the Court has sought to promote through this common law duty.

Honour of the Crown – The honour of the Crown is at stake in all dealings between the Crown and Aboriginal peoples. The duty to consult and accommodate, where appropriate, stems from the Crown’s unique relationship with Aboriginal peoples and must be discharged in a manner that promotes reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal rights and interests.

Reconciliation – The duty to consult and where appropriate, accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty by the Crown and continues beyond formal claims resolution through to the application and implementation of treaties. Crown efforts to consult with, and accommodate the interests of Aboriginal groups whose rights may be adversely affected, should be consistent with the overarching objective of reconciliation with Aboriginal groups.

Reasonableness – Crown efforts to reconcile and balance other societal interests and established or potential Aboriginal and treaty rights must be reasonable. Consultation processes need to reflect reasonable and genuine efforts by all parties.

Meaningful Consultation – The duty to consult requires a genuine effort to address legitimate concerns and interests that relate to the impacts of contemplated Crown conduct on section 35 rights. To be meaningful, there must be a genuine willingness and ability to adjust the contemplated conduct, if such is appropriate.

Good Faith – Consultation must be guided by genuine efforts. Such efforts require the disclosure of relevant factors and information, no predetermined outcome, no oblique motive, and the absence of any appearance of any sharp dealing.

Responsiveness – Consultation is intended to respond to Aboriginal rights and interests, to minimize the potential adverse affects of a given activity, and to substantively address the concerns raised. To do so, it is necessary that the Crown be prepared to respond, have some degree of flexibility in relation to the planning and implementation of the proposed activity, and consider potential accommodation measures that may be appropriate in a given context.

Principles from Practice

Mutual Respect – Consultation must be based on mutual respect for all participants, taking into account different interests, perspectives, cultures, understandings and concerns.⁷

Accessibility and Inclusiveness – It is important to ensure the participation of Aboriginal groups who have an interest in or who may be affected by the decision. For consultation based on a legal duty to consult, participation would have to include specific Aboriginal groups whose established or potential rights could be negatively affected. Appropriate measures should be taken to ensure access of Aboriginal groups to the process, taking into account community capacities, geographic location and/or their linguistic, socio-economic background or physical capabilities.

Openness and Transparency – Consultation needs to be a procedurally fair and clear process. Consultation should be carried out with consideration of:

- early engagement;
- the provision of clear, accurate and relevant information;
- informing participants on how their concerns were considered in the decision-making process and reasons why their views were not reflected; and,
- documenting results of the process.

Efficiency – The consultation process ought to be designed to make the most efficient use of existing and proposed processes and resources while maximizing the contribution of all participants.

Timeliness – Consultation is most effective if initiated as early as possible before decisions are made. Clear and reasonable timelines should be established for input and comments and these timelines need to be communicated clearly.

PART B

ABORIGINAL CONSULTATION AND ACCOMMODATION

Interim Guidelines
to Fulfill the Legal Duty to Consult

INFORMATION FOR MANAGERS



I ROLES & RESPONSIBILITIES

Federal Departments and Agencies (the Crown)

Where it has been determined that there is a legal duty to consult, as a result of an assessment that the proposed Crown conduct has the potential to affect a credible claim to Aboriginal or treaty rights (see Part C), effective consultation requires collaboration with Aboriginal groups and coordination and cooperation within the federal government.

The federal government as a whole is responsible to ensure that any and all consultation and, where appropriate, accommodation obligations are fulfilled. Limitations on any one department, agency or other federal entity will not limit what is required of the Crown in the circumstances. Hereinafter, the term department/agency will be used to denote any and all federal entities involved in the Crown conduct/activity and consultation process. As a result, it is important for all federal departments/agencies involved in an activity that gives rise to the legal duty to consult, to work together and to coordinate their efforts to discharge their respective mandates in a manner that assists to fulfill any Crown consultation duties. It is the responsibility of each federal department/agency that is engaged in the activity to ensure that adequate consultation and measures to accommodate, where appropriate, are undertaken for each decision or action they take that may give rise to a duty to consult.

There may also be instances where other federal departments/agencies need to be involved in the process to ensure that the Crown is adequately responsive and able to deal meaningfully with the Aboriginal groups involved. Coordination and support within the federal government are essential to ensuring that the Crown is able to fulfill its consultation obligations.

The following elements are appropriate for honourable Crown conduct in the context of consultation with Aboriginal groups (whether on the basis of good governance or a legal duty) and if they are followed, will help to ensure that the Crown will have acted honourably:

- Clearly “map out” the proposed Crown activity, or approval process for a third party activity, noting all potential federal departments/agencies that may be involved, the decisions or types of conduct each may be mandated to make or do, and the nature of the activity or decision;

- Clearly identify who has the authority to consult on behalf of Canada in the particular context – which department/agency has the mandate and ability to sign any agreements or protocols reached on behalf of Canada. (i.e., what level of authority is necessary, what mandates are required or currently in place and what is the potential process for seeking approvals?). Where it is not clear which department/agency has the authority, it is important that all involved conduct their work collaboratively and the designation of a “lead” department/agency is strongly encouraged;
- Where a third party or non-government entity may be involved, determine how information, timelines and project decisions are to be exchanged with and communicated to government and whether it anticipates carrying out consultations with Aboriginal groups;
- Inform itself of the established or potential Aboriginal and treaty rights that may be adversely impacted by the proposed conduct;
- Ensure that an assessment of the strength of claim has been done and documented;
- Ensure that relevant information regarding the government or third party activity is provided to appropriate Aboriginal groups in a timely manner, including the appropriate contact within government to respond to and any particular timelines that may be at issue;
- Engage the Aboriginal groups regarding the proposed activity so that they have an opportunity to outline their established or potential Aboriginal and treaty rights and to articulate concerns regarding potential adverse impacts on their rights or interests;
- Ensure there is a reasonable process for engaging Aboriginal groups (may be within or in addition to public processes or established regulatory processes) and keep records of all communications;
- Ensure that all communications received from Aboriginal groups are responded to in a coordinated and timely fashion.;
- Ensure that all meetings and correspondence are on the record to enable the Crown to rely on such information, if necessary, in Court. Information provided to government may be subject to *Access to Information Act* requests. Therefore specific measures may be required before agreeing to any

confidential or off the record discussions or treatment of documents. Consult Department of Justice counsel before discussing how discussions or particular materials exchanged in the course of the consultation process may be treated or classified.

- Ensure that any consultations carried out by third parties or Crown agents that the Crown intends to rely on are also available to the Crown.
- Consider, assess, and respond to the representations of the Aboriginal groups;
- Consider opportunities for mitigating all potentially adverse impacts on the Aboriginal groups and their respective section 35 rights, and seek ways to minimize such impacts; and,
- Be responsive to participants on what decisions have been made, how their concerns and representations were considered or why they were not considered in the decision making process.

Aboriginal Groups

The Crown may reasonably expect Aboriginal groups to:

- Clearly outline in a timely manner the nature and scope of the Aboriginal or treaty rights they claim and the potential adverse impacts that the Crown activity, or that of a third party, will have on such rights;
- Make the concerns of the affected Aboriginal groups known to the Crown;
- Not frustrate reasonable good faith attempts to consult by the Crown or take unreasonable positions that thwart government from making decisions (*source*: paragraph 42 of SCC decision *Haida Nation v. British Columbia*); and,
- Attempt to reach a mutually satisfactory resolution to a particular situation.

Provinces and Territories

The Supreme Court of Canada decisions on *Haida*, *Taku River* and *Mikisew Cree* apply to provincial and territorial governments. Provincial and territorial governments have, to varying degrees, instituted their own Crown consultation processes for projects within their jurisdictions. For initiatives involving both

federal and provincial governments, opportunities to coordinate efforts with provinces and territories should be pursued to the maximum extent possible, to increase efficiency by minimizing duplication and conflict.

Third Parties

Third parties, such as industry proponents, do not have a legal obligation to consult Aboriginal groups whose rights may be adversely impacted by their activities. The Crown alone is legally responsible for any consequences that flow from its actions and interactions with third parties that may adversely affect Aboriginal and treaty rights. However, there are normal due diligence and like business practices that are carried out by industry in the course of their interactions, relations and dealings with Aboriginal groups. Such practices may assist the overall consultation efforts.

The Courts have also suggested that the Crown can delegate procedural aspects of consultation to third parties, as in the case of proponents' roles within environmental assessments or through the placement of conditions on licenses or authorizations to carry out certain activities. In addition, case law suggests that the Crown can benefit from the outcomes of a third party consultation process and any accommodation measures provided by third parties. The role of such third party activities within the consultation processes should be incorporated into any Crown consultation plans and efforts.

In the case of legally based consultation, the final responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown as the honour of the Crown cannot be delegated.

II GETTING ORGANIZED FOR CROWN CONSULTATION PROCESSES

This section outlines how managers in federal departments and agencies should prepare for consultations including examining financial, human resources and training requirements and the need to involve Department of Justice counsel. It complements Part C which provides a step-by-step guide for practitioners who will be developing and implementing Crown consultation processes on the ground. Both Parts B and C serve as interim measures to assist in consistency and efficiency until federal policy on consultation and accommodation is developed.

Organizing your Department/Agency for consultation

Within its mandate, each federal department/agency is responsible for meeting the legal obligation to consult with Aboriginal groups. Some federal departments/agencies may have already established processes as a matter of good governance. These should be reviewed in order to ensure that they meet the standards necessary to fulfill the common law duty to consult.

In Nova Scotia, there is a province-wide consultation process developed as part of a larger tri-partite negotiations process dealing with Aboriginal and treaty rights issues. The Terms of Reference for a Mi'kmaq/Nova Scotia/Canada consultation process are now being implemented on a trial basis by the Parties for approximately one year. This "test-drive" will enable the Parties to decide whether to amend the Terms of Reference in advance of final approval. Although the consultation process established therein is optional, the Parties hope that it will become the preferred choice for government departments and agencies whenever the duty to consult with the Mi'kmaq in Nova Scotia arises.

The following list identifies some of the tasks to be undertaken in preparation for consultation:

- Review options for consultation approaches based on types of activities the department/ agency typically engages in or has the potential to engage in and existing consultation processes that may already be in place within regions or by type of project;
- Identify opportunities and constraints facing the department/agency in conducting consultations such as financial and human resources available;
- Review current mandates and authorities of departments /agencies in relation to considering specific consultation agreements or protocols with Aboriginal groups and scope for any potential accommodation measures;
- Ensure that potential accommodation measures that are proposed are reviewed by and approved by senior management of the department/agency;
- Clarify potential roles and responsibilities of department/agency staff and management and put into place a records management procedure;
- Identify person/body with decision-making authority or authorities;

- Determine if there are other departments/agencies of government with potential consultation obligations with the same Aboriginal groups and establish any appropriate coordination mechanisms;
- Identify other interested departments/agencies that should be kept informed of your department/agency's consultation;
- Review the current department/agency relationships with Aboriginal people, groups and organizations and explore opportunities to build on and enhance these relationships in anticipation of consultation (e.g., see text box above on Nova Scotia consultation process);
- Consider how to best consult and communicate with Aboriginal groups, taking into account potential barriers to communication such as language and culture;
- Review options with department/agency's legal counsel to ensure departmental or agency procedures and processes are compliant with the legal duty to consult.
- Determine if Canada is in active litigation with the Aboriginal group(s) involved and, if so, DOJ counsel will assist in ensuring that the consultation approach taken does not prejudice Canada's legal positions or arguments.
- For a proposed project/activity that might have implications for Métis and Non-status Indian interests, the Office of the Federal Interlocutor for Métis and Non-status Indians (OFI) serves as a resource centre for information relating to Métis and Non-status Indian interests, and is available for specific information exchanges as follows:
 - To assist in bringing more consistency to consultation processes across the federal government with Métis or Non-status Indian groups, it is recommended that OFI be informed by departments/agencies of any decisions to consult with these Aboriginal groups.
 - OFI can provide advice on communications with Métis and Non-status Indian groups, if the department/agency decides that a consultation is warranted.

Financial and human resources considerations

Financial and human resources need to be reviewed to determine how the consultation initiatives will be supported. For example, federal departments/agencies need to consider:

- Frequency of consultation related activities taking place both internally and with the Aboriginal groups and other third parties;
- Potential extent of legal duty and proposed consultation process to be undertaken;
- Departmental costs/expenditures related to proposed consultation process;
- Departmental authority or potential programs or initiatives available for providing funds to Aboriginal groups, where appropriate;
- Opportunities for collaboration and sharing costs of consultation with other federal departments/agencies, provincial/territorial governments and industry;
- Opportunities to foster aggregations among Aboriginal groups (if they do not already exist) to enhance efficiencies and reduce costs; and,
- Specific internal operating requirements such as,
 - capacity requirements;
 - planning and research;
 - evaluation;
 - records management;
 - communications;
 - training; and,
 - other support.

When calculating the financial and human resource requirements for consultation, federal departments/agencies should also consider the cost implications for the participation of Aboriginal groups. As a general rule, the courts have indicated that consultation must be meaningful and that the process must be reasonable. Such Aboriginal participation improves outcomes in decision-making and the courts have already looked favourably upon the government providing assistance to Aboriginal groups for their participation in the consultation process.

For example, this might include support for:

- information sharing/awareness-raising;
- participation at meetings;
- travel and accommodation;
- preparation of reports;
- training;
- communications;
- research and development; and,
- land use, traditional use or targeted resource planning.

During this planning phase, refer to Treasury Board Secretariat guidelines on expenditures as well as department/agency-specific policies, practices and guides.

Training considerations

Training is critical to a consistent understanding of the duty to consult and its implementation. Training will:

- Increase awareness and understanding of what the legal duty to consult entails;
- Promote an understanding of the roles and responsibilities of everyone in the consultation process;
- Identify the specific implications for the department/agency;
- Inform staff of any specific expectations;
- Provide an opportunity to share experience and information on practical approaches and tools; and,
- Provide a basis for the development of common approaches, analyses and practices.

Note that the Department of Justice legal counsel is willing to participate in and contribute to these consultation training sessions.

Engaging Department of Justice (DOJ) counsel in the consultation process

While DOJ is not responsible for conducting consultations, it is important to engage your DOJ counsel throughout the course of a consultation process to ensure that legal obligations to consult are recognized where they may arise and are in play and that consultation processes put in place will fulfill legal obligations. DOJ provides an important supportive role to departments /agencies on the legal aspects of consultation policy choices and approaches, especially as it relates to consistency across the federal government. In particular DOJ counsel should be involved in the following specific aspects of consultation:

- In the context of a planned government activity, legal counsel can assist in determining whether the government has a legal duty to consult, when it may be engaged and the scope or extent of that obligation. Legal counsel may also be consulted in those situations where it has already been determined for policy, relationship, or other reasons that a federal department/agency needs to consult with Aboriginal groups (this would enable an assessment to be done to ensure that a legal duty is not implied where it does not exist).
- Once a federal department/agency has determined the basic facts, advise your legal counsel on the consultation approach to help determine its reasonableness with respect to fulfilling the legal duty to consult.
- As the consultation is underway, legal counsel may be called upon to:
 - ensure that the proposed approach to the consultation – including statements of government intentions and planned undertakings – are reasonable and appropriate from a legal perspective;
 - provide a strength of claim assessment to assist in determining the degree/scope of consultation and potential accommodation that may be required;
 - discuss document disclosure and the creation of a record of the consultation process; and,
 - in the concluding stages of the consultation, discuss what documentation the department/agency should retain for the official record, including any formal decisions or commitments that may be appropriate from any or all of the parties that were involved in the process.

After the consultation has been concluded and a project has been or is being actively implemented, the effective implementation of the accommodation plan, if any, will require the federal department's/agency's review from time to time, and may require adjustment if circumstances change.

Conducting consultation – checklist of 'fundamentals'

- Ensure adherence to the guiding principles (see Part A)
- Confirm that prescriptive, or required process decision points are followed to achieve results
- Ensure that proper documentation of the process is retained
- Incorporate measures to assess progress and to evaluate the success of the process, where appropriate (i.e., lessons learned).

ANNEX A

Definitions

Aboriginal group: A community of Indian, Inuit or Métis people that holds or may hold Aboriginal or treaty rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Aboriginal rights: Practices, traditions and customs integral to the distinctive culture of the Aboriginal group claiming the right that existed prior to contact with the Europeans (*Van der Peet*). In the context of Métis groups “Aboriginal rights” means practices, traditions and customs integral to the distinctive culture of the Métis group that existed prior to effective European control, i.e., prior to the time when Europeans effectively established political and legal control in the claimed area (*Powley*). Generally, these rights are fact and site specific.

Aboriginal title: An Aboriginal right to the exclusive use and occupation of land. It is possible that two or more Aboriginal groups may be able to establish Aboriginal title to the same land.

Capacity: The ability of an individual to understand the nature and effects of their acts. In this context, it is the ability of Aboriginal groups to understand the nature of the activity/project the Crown is contemplating and how that might impact on what they may hold as rights.

Common law: In general, a body of law that develops through judicial decisions, as distinguished from legislative enactments, relating to the government and security of persons and property.

Comprehensive land claim: A comprehensive land claim is based on the assertion of continuing Aboriginal rights and claims to land that have not been dealt with by treaty or other means. Comprehensive land claim negotiations address concerns raised by Aboriginal people, governments and third parties about who has the legal right to own or use the lands and resources in areas under claim.

Constructive knowledge: *Black’s Law Dictionary (Eighth Edition)* states: “Knowledge that one using reasonable care or diligence should have, and therefore that is attributed by law to a given person”. Therefore, if the Crown is contemplating an activity, the Crown must inquire as to whether there are

any established or potential Aboriginal or treaty rights that may be adversely affected by this activity.

Crown: Refers to all government departments, ministries (both federal and provincial) and Crown agencies and includes all government employees that are doing the work of the government. The duty to consult is an administrative act and it is an obligation of the government as a whole. In *Haida* and *Taku River*, the Supreme Court of Canada held that provincial and federal governments have a legal obligation to consult when the Crown contemplates conduct that might adversely affect established or potential Aboriginal or treaty rights.

Crown conduct: Means any activity, project or undertaking by the federal government in the exercise of its jurisdiction/authority. The federal government may be in charge of the project or it may be approving a project through permits and authorizations. In either context, its actions would constitute Crown conduct.

Crown knowledge: The Supreme Court of Canada stated that the legal duty to consult arises when the Crown contemplates conduct that might adversely affect existing or potential section 35 rights of which the Crown has “real or constructive knowledge” (see definition above). Therefore, an assessment of whether the Crown has such knowledge is part of the first step in assessing whether the legal duty to consult is triggered in a particular case. If the Crown has no such knowledge, there is no legal duty to consult.

First Nation: A term that came into common usage in the 1970s to replace the word “Indian” which some people found offensive. Although the term First Nation is widely used, no legal definition of it exists. Among its uses, the term “First Nations peoples” refers to the Indian peoples in Canada, both Status and non-Status. Some Indian peoples have also adopted the term “First Nation” to replace the word “band” in the name of their community.

Inuit: An Aboriginal people in Northern Canada, who live in Nunavut, Northwest Territories, Northern Quebec and Northern Labrador. The word means “people” in the Inuit language, Inuktitut. The singular of Inuit is Inuk.

Meaningful consultation: Consultation depends on the circumstances, but it must always be meaningful. At a minimum, consultation requires providing affected Aboriginal groups with timely notice of intended Crown conduct along with objective information to assist in the understanding of the proposed conduct and its associated impact on established or potential Aboriginal and treaty rights. Where the strength of the claim is strong, or the right is established, and the potential adverse impact is strong, consultations may

entail: the opportunity to make submissions; formal participation in the decision-making process; provision of written reasons to show that the Aboriginal concerns were considered; and to reveal the impact the Aboriginal group had on the decision. The *Mikisew Cree* case has confirmed that the Crown cannot satisfy its legal duty to consult by making unilateral decisions to address what it perceives to be Aboriginal concerns in the absence of consultation.

Métis: For purposes of section 35 rights, the term Métis refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed Indian/Inuit and European ancestry, developed their own customs, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears. A Métis community is a group of Métis with a distinctive collective identity, living together in the same geographical area and sharing a common way of life.

Section 35 rights: Existing Aboriginal rights, including Aboriginal title and treaty rights (section 35 of the *Constitution Act, 1982*).

Treaty rights: Rights that are defined by the terms of a historic treaty, rights set out in a modern land claims agreement or certain aspects of some self-government agreements. In general, treaties (historic and modern) are characterized by the intention to create obligations, the presence of mutually binding obligations and a measure of solemnity (*Simon, Sioui*). A treaty right may be an expressed term in a treaty, an implied term or reasonably incidental to the expressed treaty right. The scope of treaty rights will be determined by their wording, which must be interpreted in accordance with the principles enunciated by the Supreme Court of Canada (*Badger* 1996, *Sundown* 1999, *Marshall* 1999).

Where the parties disagree on the scope of obligations or what rights are provided for, a number of principles unique to treaty interpretation apply. For example, treaties should be liberally construed; ambiguities ought to be resolved in favour of the signatories in the context of historic treaties; the goal of treaty interpretation is to find the common intention and the result that best reconciles the interests of both parties at the time the treaty was signed; the integrity and honour of the Crown is presumed in such interpretations; the courts cannot alter the terms of the treaty and treaty rights cannot be interpreted in a rigid or static way as they must be updated to provide for modern exercise (*Marshall* 1999; 2005).

With or Without Prejudice: Describes communication, either written or verbal. To designate a communication as “without prejudice” is to declare that the party does not waive its right to non-disclosure of the communication. Such communications may be referred to as being “off- the-record”. This term is often used during negotiations and litigation. Should there be a request for without prejudice or off-the-record discussion, advice from legal counsel should be sought.

In the context of consultation, if agreements or protocols are being entered into for the purposes of meeting Crown obligations to consult as per the *Haida*, *Taku River*, *Mikisew Cree* or *Sparrow* cases, it is recommended that the agreement be “with prejudice”. With prejudice means that the Crown can use this documentation in court as evidence that it has fulfilled its duty to consult obligations, and that the Aboriginal group may use the documentation in relation to its legal positions. Such communications may be referred to as being “on-the-record”.

ANNEX B

Legal case summaries

1. *Duty to Consult*

Seminal Supreme Court of Canada cases

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests), 2004 SCC 73

The Supreme Court of Canada dismissed the Province's appeal and allowed the appeal of Weyerhaeuser Company Ltd. The Court held that the Province has a legal duty to consult with the Haida about decisions relating to the harvest of timber from an area of the Queen Charlotte Islands over which the Haida have asserted, but have not yet proven, Aboriginal rights and title. The Court stated that good faith consultation may in turn lead to an obligation to accommodate Haida concerns in the harvesting of timber, although what accommodation if any may be required could not yet be ascertained. The Court found that the Province had failed to engage in any meaningful consultation. The Court also found that Weyerhaeuser did not owe the Haida any duty to consult or accommodate. The Court held that the duty to consult does not extend to third parties.

The Court stated that the Crown's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the honour of the Crown which derives from the Crown's assertion of sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. The duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it. The scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed. As to the content of the duty, the Court said that, at all stages, good faith on both sides is required and sharp dealing is not permitted. The effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate. The Court said that this process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim; nor does it impose a duty to reach an agreement. The Court also stated that, although the Crown may delegate procedural aspects of consultation to industry proponents of a particular development, the ultimate legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown. The honour of the Crown cannot be delegated.

***Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74.**

The Supreme Court of Canada, applying its analysis in *Haïda Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] SCC 73, released concurrently with this decision, allowed the Province's appeal and held that the process engaged in by the Province under the *Environmental Assessment Act* fulfilled the requirements of the Crown's duty to consult with the First Nation and to accommodate its concerns. At issue was whether the Crown had a duty to consult prior to approving the re-opening of a mine and the construction of an access road to the mine through territory over which the First Nation claimed, but had not yet proven, Aboriginal rights and title. In *Haïda*, the Court confirmed the existence of the Crown's duty to consult Aboriginal peoples prior to proof of rights or title claims. The Court found that the Crown's duty to consult was engaged in this case because the Province was aware of the First Nation's claims through its involvement in the treaty negotiation process and knew that the decision to reopen the mine and to build the access road had the potential to adversely affect the substance of the rights and title claims.

The Court concluded that the Crown had fulfilled its duty to consult on the basis that the First Nation was part of the Project Committee, participating fully in the environmental review process; its views were put before the appropriate Ministers and; the final project approval contained measures designed to address both immediate and long-term concerns of the First Nation. The Court also stated that the Province was not under a duty to reach agreement with the First Nation and its failure to do so did not breach its duty of good faith consultations. The Court also confirmed that the honour of the Crown cannot be interpreted narrowly or technically, but must be given full effect in order to promote the process of reconciliation between the Crown and Aboriginal peoples as mandated by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

***Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69**

The Supreme Court of Canada allowed the First Nation's appeal, quashed the Minister's decision to approve the construction of a winter road through Wood Buffalo National Park, Alberta, and returned the matter to the Minister for further consultation and consideration. The Court held that the Crown's duty of consultation, which the Court said flows from the honour of the Crown and its obligation to respect the existing treaty rights of Aboriginal peoples, was breached in this case because the Minister failed to adequately consult with the

First Nation in advance of the decision to build the road. The Court stated that when the Crown exercises its right under Treaty 8 to “take up” land, it is not correct to move directly to a *Sparrow* justification analysis even if the proposed measure, if implemented, would infringe a treaty right. Rather, the Court said that it must first consider the process by which the “taking up” is planned and whether it is compatible with the honour of the Crown.

The question in each case is to determine the degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect the rights of the Aboriginal people so as to trigger the duty to consult. In this case, the Court found that the duty to consult was triggered because the impacts of the proposed road were clear, established, and demonstrably adverse to the continued exercise of the First Nation’s hunting and trapping rights over the lands in question. The Court found that the Crown’s duty to consult in this case lies at the lower end of the spectrum because the proposed road is fairly minor and situated on surrendered lands where the First Nation’s treaty rights are expressly subject to the “taking up” limitation in Treaty 8.

With respect to the content of the duty to consult, the Court found that the Crown was required to provide notice to the First Nation and to engage it directly. This engagement should have included the provision of information about the project, addressing what the Crown knew to be First Nation’s interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests. The Crown was also required to solicit and to listen carefully to the First Nation’s concerns and to attempt to minimize adverse impacts on the First Nation’s hunting, fishing and trapping rights. Had the consultation process gone ahead, the Court confirmed that it would not have given the First Nation a veto over the alignment of the road. The Court reiterated that consultation will not always lead to accommodation and accommodation may or may not result in an agreement.

Interpretation and Application of Duty to Consult by Lower Courts

Since the seminal Supreme Court decisions noted above, lower courts across Canada have been assessing and applying the duty to consult to a variety of different kinds of Crown conduct and in relation to a number of different Aboriginal and treaty rights. For a listing and greater details on these decisions contact your legal advisor.

2. Legal Tests for Assessing Interference with and Existence of Aboriginal and Treaty Rights

Interpretation of s. 35 (1): Test for Crown justification for infringement of s. 35(1) rights

***R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075**

Mr. Sparrow was prosecuted by the Attorney General of Canada under the federal *Fisheries Act* for fishing contrary to the terms of his Band's food fishing licence. The Supreme Court of Canada held that Mr. Sparrow enjoyed an Aboriginal right to fish for food which was protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*. According to the Court, the Crown must demonstrate a "clear and plain" intention to extinguish Aboriginal rights. In this case, the test had not been met by the Crown's evidence.

The Court also found that there is a fiduciary relationship between the Crown and Aboriginal peoples based on the need for the Crown to act honourably. Therefore, section 35 must be interpreted in a manner consistent with this relationship. The Court placed a high burden on the Crown to justify any infringement with the enjoyment of Aboriginal rights protected by s. 35.

See also *R. v. Badger* wherein the Court held that the justification test developed in *R. v. Sparrow* applied to Treaty rights.

Test for Aboriginal Title

***Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010**

This action involved a claim by the Gitskan and Wet'suwet'en hereditary Chiefs for Aboriginal title and an inherent right to self-government over 22,000 square miles of British Columbia. The Supreme Court of Canada ruled that, due to evidentiary problems with the case, a new trial is required to determine whether the plaintiffs enjoy the claimed Aboriginal title and self-government rights. While not providing any guidance on the issue of rights of self-government, the Court made general pronouncements on the scope and content of Aboriginal title. In essence, if an Aboriginal group can establish that, at time of sovereignty, it exclusively occupied a territory to which a substantial connection has been maintained, then it has the communal right to exclusive use and occupation of such lands. The Aboriginal group can use the lands for far ranging purposes including economic exploitation. The only limitations are that the lands can not be disposed of without surrender to the Crown nor can they be used in such a fashion that would destroy the Aboriginal group's special bond with the land.

The Court also ruled that both the federal and provincial Crown can justifiably interfere with an Aboriginal group's Aboriginal title. The Court rejected the province's counterclaim regarding provincial power to extinguish Aboriginal rights in finding that, since Confederation, only the federal Crown has such a power.

Tests for Aboriginal Rights

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. NTC Smokehouse Ltd*, [1996] 2 S.C.R. 672

These cases involve the question of whether section 35 of the *Constitution Act, 1982* includes, as an Aboriginal right, a right to fish commercially. In the *R v. Van der Peet* case, the Court outlined the test for identifying Aboriginal rights protected under section 35. Essentially, an Aboriginal group must establish that, at time of contact with Europeans, the particular activity claimed as an Aboriginal right was a practice, tradition or custom that was integral to the society's distinctive culture.

Applying the above test to the facts of the cases, the Court ruled that the accused in *R v. Gladstone* had established an Aboriginal commercial fishing right. However, the Court also indicated that, in the context of Aboriginal commercial fishing rights, there are no internal limitations to the right. As such, the *R v. Sparrow* justification test had to be refined for Aboriginal commercial fishing rights. Other considerations, apart from conservation goals, are to be taken into account in determining whether governmental restrictions were justified. Objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, as well as, the historic non-native participation in the fishery are relevant objectives in the context of the justification analysis. Aboriginal rights have to be given priority but they also have to be reconciled with other rights and interests. The case was remitted for trial on the question of whether the regulation of the accused's Aboriginal commercial fishing rights could be justified.

R v. Powley, 2003 SCC 43

The accused were charged with unlawfully hunting moose and possessing game contrary to ss. 46 and 47(1) of the *Ontario Game and Fish Act*. The central issue was whether two individuals from the Sault Ste. Marie area, who self-identify as Métis, can establish Métis Aboriginal rights to hunt that are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Supreme Court of Canada held that the impugned legislation was of no force or effect with respect to the accused on the basis that, as members of the Métis community in and around Sault Ste. Marie, the accused have an Aboriginal right to hunt for food under s. 35(1).

The Court concluded that the lack of recognition of any Métis right to hunt for food in the legislation infringed the Métis Aboriginal right and conservation concerns did not justify the infringement. The Court held that, to support a site-specific Aboriginal rights claim, the claimant must demonstrate membership in an identifiable Métis community with some degree of continuity and stability as established through evidence of shared customs, traditions and collective identity, as well as demographic evidence.

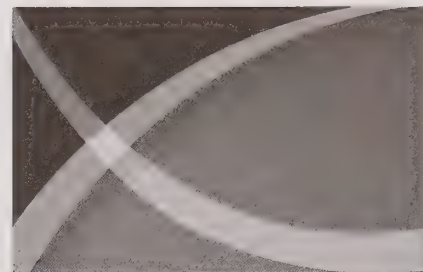
The Court modified the pre-contact aspect of the *R. v. Van der Peet* test to reflect the distinctive history and post-contact ethnogenesis of the Métis. The test for Métis rights should focus on identifying those practices, customs and traditions that are integral to the Métis community's distinctive existence and relationship to the land after a particular Métis community arose but before it came under the effective control of European laws and customs. The Court found that the term "Métis" in s. 35 does not encompass all individuals with mixed Indian and European heritage; rather, it refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed ancestry, developed their own customs, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears. While not setting down a comprehensive definition of who is a Métis for the purpose of asserting a claim under s. 35, of the *Constitution Act, 1982*, the Court cited three broad factors as indicia of Métis identity: self-identification, ancestral connection and community acceptance.

PART C

ABORIGINAL CONSULTATION AND ACCOMMODATION

Interim Guidelines
to Fulfill the Legal Duty to Consult

INFORMATION FOR PRACTITIONERS



INFORMATION FOR PRACTITIONERS

Part C contains recommended steps for Crown consultation that may apply when the federal government decides to implement a consultation process pursuant to the legal duty to consult. Specifically, the courts have held that when the Crown (federal, provincial or territorial) contemplates conduct that may adversely affect established or potential Aboriginal and treaty rights for which it has real or constructive knowledge, it has a legal duty to consult with the rights holders.

The kinds of Crown activities that may attract the legal duty to consult vary. The steps, tips and relevant factors outlined below are provided with a variety of kinds of government conduct in mind. Such conduct may involve a government initiative by a federal department/agency (i.e. management and disposal of Crown lands, a construction project, change in use of lands, etc.) or it may involve government approvals/authorizations for an activity proposed by a third party (issuance of licenses, permits, authorizations for the use of lands or resources). The approach to consultation developed for each context will necessarily vary. This same basic approach may also be appropriate for consultation on a policy or good governance basis.

THE CROWN CONSULTATION PROCESS

Introduction

Depending on the circumstances, a consultation process with Aboriginal groups may involve up to four phases:

- (a) Pre-consultation analysis and planning
- (b) Consultation process
- (c) Accommodation
- (d) Implementation, monitoring and follow-up

The following sections will discuss each phase of the consultation process and provide guidance on the steps to consider in each phase. Where there is more than one federal department/agency or other government(s) involved, the steps should be done collaboratively for greater efficiency.

Phase 1: Pre-Consultation Analysis and Planning

1. Describe and “map out” the intended project or activity
2. Conduct background research on Aboriginal groups in the area and their rights, established and potential; and identify potential adverse impacts of the proposed project/activity
3. Undertake initial assessment and analysis, including strength of claim assessment
4. Determine potential severity of the adverse impacts of proposed project/activity on potential or established s. 35 rights
5. If a legal duty appears to exist, establish content of duty (initial form and content of a consultation process)

Phase 2: Crown Consultation

1. Implement the consultation process

Phase 3: Accommodation

1. Collect background information supporting the basis for accommodation
2. Review and determine accommodation option(s)
3. Determine the selected accommodation option(s)
4. Document and communicate the decision(s)

Phase 4: Implementation, Monitoring and Follow-Up

1. Implement the decision(s)
2. Monitor
3. Follow-up

Phase 1: Pre-Consultation Analysis and Planning

In order to determine whether there is a legal duty to consult, the scope and content of that duty, and how to design the consultation process, the department/agency needs to assemble facts and information as early as possible to enable an initial assessment and analysis to be done of the established or potential section 35 rights and the potential adverse impacts of the proposed project/activity. This includes information on:

- proposed project/activity;

- general and specific information on the Aboriginal groups that reside in the area;
- current and past uses of the area;
- indicators of established or potential Aboriginal and treaty rights;
- indicators of pre-1982 extinguishment of rights or no continuity of use;
- any interests or concerns that may relate to the proposed project/activity; and,
- any information relating to potential adverse impacts on established or potential Aboriginal and treaty rights as a result of the various implementation options.

After assembling these facts, work with DOJ counsel to undertake an initial assessment of the established or potential section 35 rights and the potential adverse impacts that the proposed project/activity may have on those rights to determine if there is a legal obligation to consult. If it is determined that there is a legal duty to consult, DOJ can assist in the determination of the scope (degree) of the duty. Specific aspects of this approach are described in detail below.

Step 1: Describe intended project/activity

The first step involves describing the project/activity contemplated and determining who within the Crown is responsible for carrying it out or its authorization. It may assist to actually “map out” the federal departments/agencies that may be involved, what decisions they are responsible for and any timelines that apply.

Questions for consideration include:

- ✓ What is the nature of the proposed project/activity?
- ✓ What is the purpose of the project/activity?
- ✓ What is entailed in developing the project/activity?
- ✓ Which department, agency, Crown Corporation, Authority, Board, Review Panel or other federal body is responsible for carrying out the particular project/activity or its authorization?
- ✓ Is there more than one federal body involved?
- ✓ Are there corporations/ provincial or territorial governments/ third parties that might also be involved?
- ✓ Are there any specific statutes, regulations, agreements or protocols that refer to the matter of Aboriginal consultation?

- ✓ What is the mandate or scope of authority of those involved in the project/activity or its authorization and are there others that ought to be involved?
- ✓ What type of decision(s) must be made in relation to the project/activity?
- ✓ What is the location or geographic application of the project/activity?
- ✓ What is the potential impact of the project/activity on the land or natural resources (where applicable)? Have any assessments of such been made to date?
- ✓ Have any options/alternatives within the proposed project/activity been identified?

Step 2: Conduct background research on Aboriginal groups in the area and assess what established or potential section 35 rights may exist and identify potential adverse impacts

Federal departments/agencies must gather sufficient information to make a preliminary assessment of what potential or established section 35 rights are in question (i.e. hunting, fishing, self-government rights, cultural rights etc.), whether there is a credible basis for such claims and whether there are potential adverse impacts that the project/activity may have on such rights. This will allow them, in consultation with DOJ, to make an initial assessment (see step 3) of whether there is a legal duty to consult.

Some questions to consider when preparing and gathering this information are:

(1) Identify specific information on Aboriginal groups and any established or potential Aboriginal and treaty rights that may be affected by the proposed project/activity

- ✓ What Aboriginal communities could be affected by the proposed project/activity?
- ✓ What real or “constructive” knowledge is there of potential or established rights and which communities assert or hold such rights?
- ✓ Potential sources of information:
 - 1) Internal government data bases of sources⁸ (i.e. historic or modern treaties; correspondence to government officials; specific claims files; comprehensive land claims processes; British Columbia Treaty Commission; claims being addressed in litigation; Métis and Non-status Indian interests – Office of the Federal Inerlocutor; knowledge held by officials in other departments/

agencies involved in the enforcement of regulation of land and resource uses – Fisheries and Oceans Canada, Parks Canada, Environment Canada, Natural Resources Canada, National Defence, etc.).

2) Public information – claims made in any court, information on publicly accessible web sites, public statements, etc.)

- ✓ What are the bases of those established or potential rights?
- ✓ Are the rights premised on historic or modern treaty rights or Aboriginal rights and/or title?
- ✓ Is there more than one Aboriginal group claiming rights (i.e. overlapping claims)? If so, what rights are claimed for which areas?
- ✓ What known “other” consultation processes involving Aboriginal groups are already in place to deal with the proposed project/activity (i.e., environmental, regulatory, public forums, etc.)?
- ✓ Have Aboriginal groups in the area raised concerns about this proposed project/activity or similar activities (past or present)?
- ✓ Are there any traditional territories affected by the proposed project/activity?
- ✓ Are there any burial grounds, traditional territories or reserves in the area where rights are claimed?
- ✓ Is there any factual basis for potential extinguishment arguments (treaties, legislation, and incompatible usage by the Crown etc.)?

As mentioned in Part A, for maps or further sources of information on Treaties and comprehensive land claims, go to http://cccm.nrcan.gc.ca/english/comprehensive_claims_e.asp which are also available at the Canada Map Office, Natural Resources Canada.

The INAC website (http://www.aboriginalcanada.gc.ca/acp/community/site.nsf/index_en.html) also contains a database of all Aboriginal communities within Canada, including their up to date contact information.

(2) Identify potential adverse impacts on established or potential Aboriginal and treaty rights for each of the implementation options.

- ✓ What are the potential adverse impacts of the proposed project/activity on the established or potential Aboriginal and treaty rights (i.e. hunting, fishing, trapping, and gathering)?

- ✓ Due to the proximity of the proposed project/activity, what is the potential adverse impact on areas to which an Aboriginal group claims Aboriginal or treaty rights or an interest under a comprehensive claim, specific claim or the British Columbia Treaty Commission process?

(NOTE: For a proposed project/activity located on-reserve, or affecting a reserve, the Crown obligation extends beyond the duty to consult and it is recommended that legal counsel be consulted.)

- ✓ What is the potential adverse impact of the proposed project/activity with respect to archaeological sites, Aboriginal burial grounds, or other areas of Aboriginal interest where there is a credible claim to a section 35 right?
- ✓ Is there concern regarding the cumulative effects of this project or activity in combination with others in the same or surrounding area?
- ✓ Do one or more Aboriginal groups appear to have maintained long-term occupancy of an area or continual use of a rights-based nature that may be potentially affected by the proposed project/activity?
- ✓ Is the project/activity in a rural or urban setting and is the use changing or altering the current status quo of the land use?

Step 3: Undertake initial assessment and analysis, including strength of claim assessment.

Next, an initial assessment and analysis of the research collected in Steps 1 and 2 need to be undertaken. This step will help to determine whether or not there is a legal duty to consult

The initial legal assessment requires consideration of the following three factors:

- (1) If there is a proposed Crown project/activity;
- (2) If there are established or potential section 35 rights held by Aboriginal groups in the area (strength of claim assessment); and,
- (3) If the proposed Crown project/activity or implementation options could result in potential adverse impacts on those section 35 rights.

For a duty to consult to exist, all three factors must be present.

ACTIVITY / PROJECT	+	ESTABLISHED OR POTENTIAL SECTION 35 RIGHT	+	POTENTIAL ADVERSE IMPACT ON RIGHT	=	LEGAL OBLIGATION TO CONSULT
--------------------	---	---	---	-----------------------------------	---	-----------------------------

DOJ's advice should be sought in carrying out this initial assessment. Once this assessment is complete, federal departments/agencies should be in a position to make an initial determination on which of the following three options regarding the legal duty to consult applies (*Note* – for reasons of good governance, your department/agency may decide to consult regardless of whether there is a legal duty, and this should be expressed to those Aboriginal groups being consulted).

(i) No Legal Duty to Consult

If initial legal analysis indicates that there is no credible evidence to support a potential section 35 right (i.e., does not meet the test for Aboriginal rights; the claim has no linkage to established or potential Aboriginal or treaty rights; the facts illustrate that rights were extinguished prior to 1982; or there is no continuity of use), then there is no legal duty to consult.

If analysis indicates the proposed project/activity would be implemented in a way that will not adversely affect established or potential Aboriginal and treaty rights or if there will be no potential adverse impacts from the project/activity on such rights, then it could be determined by the Crown that there is no legal duty to consult. If the evidence in support of the claims or the nature of the proposed activity changes, then the position regarding the legal duty to consult should be revisited. It should be noted however, that the department/agency may still wish to carry out a consultation process for the proposed project/activity for good governance or policy purposes.

The federal Minister of Indian and Northern Affairs launched a consultation process in partnership with the Native Women's Association of Canada and the Assembly of First Nations in 2006 to develop options for a legislative solution to matrimonial real property issues on reserves. These consultations were conducted to complement good governance and contribute to sound legislative and policy development, even though initial assessment did not lead to a conclusion that there was a legal duty.

(ii) Uncertainty about the Legal Duty

Should uncertainty remain on whether a legal duty to consult exists, the legal risks and other relevant policy considerations need to be considered. From a legal perspective, precaution may be warranted as there is a low threshold for credibility of the claim and degree of impacts to trigger the legal duty to consult and the Courts have suggested that difficulties associated with proof and definition of claims be addressed through the degree of consultation, not denying a legal duty to consult.

To resolve such uncertainty it may be helpful to look to the knowledge and experience of other federal departments/agencies and other governments

involved with similar activities and locations. It may also be appropriate to approach the Aboriginal groups to clarify the basis of their claim or the basis of their representation of a particular group.

Using the additional information, a determination could be made as to whether or not there is a legal duty to consult (this determination would be based on whether or not activities will affect established or potential Aboriginal and treaty rights and if there will or will not be potential adverse impacts from the activity).

(iii) A Legal Duty Exists

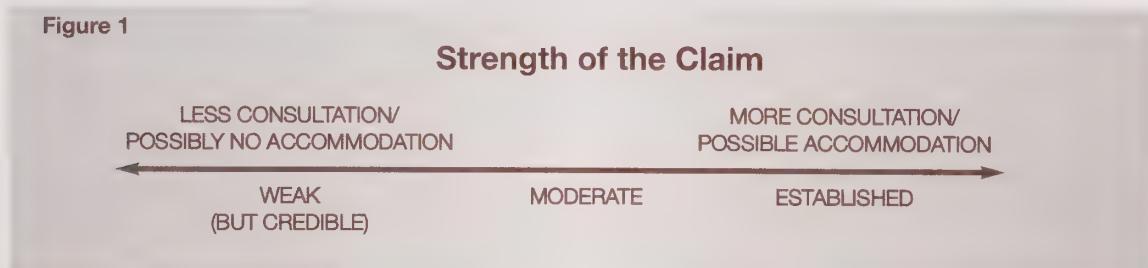
If analysis indicates the proposed activities may adversely affect established or potential Aboriginal and treaty rights, there will be a legal duty to consult. As noted above, it will be necessary to ascertain who is going to engage in the consultations, who has the authority to speak on behalf of Canada and potentially sign agreements or protocols used, if required, and assess what if any mandate requirements may be necessary.

Step 4: Determine potential severity of adverse impacts on established or potential section 35 rights

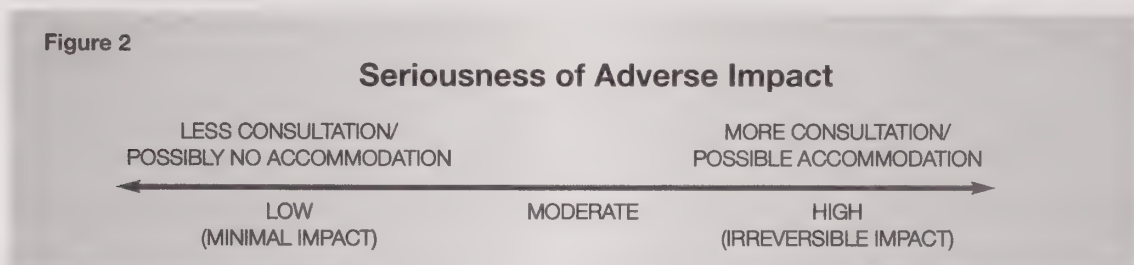
Typically the scope/extent of the duty will be proportionate to an assessment of the strength of the claim and the seriousness of the potential adverse impact of the proposed activity on the established or potential right. If there is a legal duty to consult, DOJ can assist in assessing the strength of the claim (see Figure 1). Information held by other departments/agencies may also be useful in this determination.

It is important to note that Crown consultation is not intended to be the means to prove potential rights. Experience has demonstrated that it takes years to describe and confirm Aboriginal rights. The implementation of the proposed activities are generally on much shorter time frames (sometimes legislated), therefore, it is important to work with initial assessments of those rights and potential adverse impacts.

Figure 1

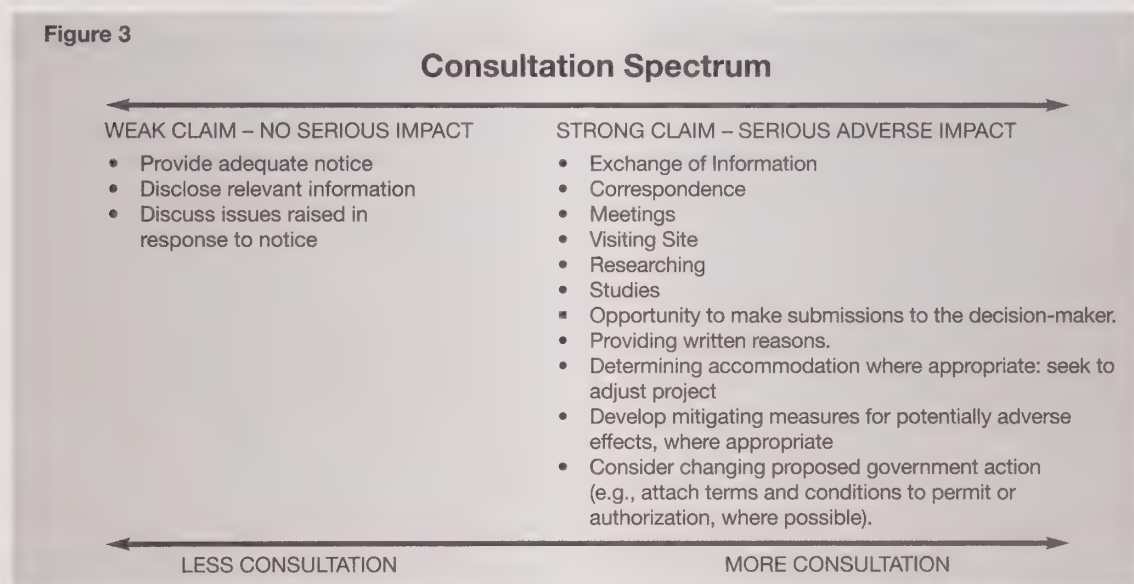


Determine the level of seriousness of the potential adverse impact on the right(s), as depicted in Figure 2 below, keeping in mind that re-assessment may be required as the consultation process proceeds and new information comes to light.



After an analysis of the strength of claim and the above analysis of impacts, the appropriate response on the extent of the consultation may be determined. It will vary as illustrated by examples in Figure 3.

Federal departments and agencies may wish to consider the Treasury Board of Canada Secretariat (TBS) Risk Scorecard Toolkit as a model for risk assessment. The following link provides information on the Toolkit:
http://www.tbs-sct.gc.ca/ia-vi/policies-politiques/rbaf-cvar/guide12_e.asp



Although each department/agency involved in the project/activity has responsibility for conducting its own initial assessment and analysis of the existence of the legal duty to consult and the scope/extent of the consultation process required that would fall within each department/agency's mandate, it is essential that communication, cooperation and coordination among all federal entities involved, occur to the greatest extent possible.

Step 5: If a legal duty exists, establish its content (initial form and content of consultation process)

It may not be possible to determine the exact form and content of the consultation from the outset due to insufficient information. As the consultation process is underway, its appropriate form and content may change to more accurately reflect the strength and nature of the claim and seriousness of the potential adverse effect on the right(s).

In determining the form and content of the Crown consultation process, the following elements are important:

- ✓ Establish goals and objectives for the consultation process.
- ✓ Determine (if not yet done) if there are other departments/agencies with potential consultation obligations in relation to the Aboriginal group(s) and establish any coordination mechanisms that may assist (e.g., environmental assessment process).
 - Federal departments/agencies should consider conferring with other departments/ agencies and/or governments to canvas opportunities to collaborate and to identify existing processes and relationships that can assist to meet the legal duty to consult, and can be complemented by other consultation activities.
- ✓ Determine whether an existing consultation process is in place, and whether it could meet the requirements for a Crown consultation process.
 - The Courts have indicated that where the duty to consult lies at the lower end of the spectrum, participation of the Aboriginal group in a multilateral or public consultation process may be sufficient. Where the duty lies at the high end of the spectrum, a separate bilateral consultation between the Crown and the Aboriginal group may be required.
 - The Courts have not required a separate process for Crown consultation where the process that is in place can adequately address the established or potential section 35 rights (e.g., *Taku River – B.C.’s **Environmental Assessment Act*** process as implemented was sufficient. In contrast, in the *Mikisew Cree* case, while the statutory requirements of the Acts at issue were all met, inclusion in the public process was not sufficient).
- ✓ Determine which Crown departments/agencies will speak on behalf of the government for purposes of the consultation process. Seek legal advice to determine the scope of mandates and whether there is a need to inform and

involve other federal entities and whether any additional mandates may be required to meet the duty.

- The Crown is considered to be the whole government, but each federal department/agency is responsible to carry out consultation triggered by the legal duty to consult.
 - Mandates and legislation of each federal department/agency should be reviewed to see what, if any, limitations exist that would confine consultation efforts or the ability to respond to accommodation issues.
- ✓ Determine the content (i.e., the “What”) of the consultation and take steps to make certain that the focus of discussions is on how to substantively address concerns, minimize adverse impacts, and effectively respond to concerns regarding the particular Crown conduct and its adverse impacts on the established or potential section 35 rights.
- ✓ Consider the involvement of provincial or territorial governments or private industry in the Crown consultation process or vice versa. Can participation in third party or provincially run consultation processes inform or satisfy some or all of the federal needs?
- ✓ Further clarify “Who” to consult, mindful of the following:
- The Crown must consult directly with the section 35 rights holders or the representatives of those rights holders.
 - The Crown should remember that political organizations are not necessarily the rights holders although they may be authorized to speak on behalf of them. The role of such organizations may be unique when dealing with Métis claimant groups. There may also be good policy reasons to consider including political organizations in consultation plans as they may be able to provide information as to who may represent the particular group of rights holders that may be adversely impacted.
 - If it is difficult to ascertain appropriate spokespeople, or if there appears to be factions in the groups consulted, seek legal advice on the identity of the proper representatives, and whether any special measures are necessary such as obtaining releases from those consulted.
 - If the project is going to be carried out on, or may have effects on a reserve, consult with the Band for whose benefit it has been set aside.
 - Be aware that more than one Aboriginal group may have a legitimate interest in the affected lands by virtue of a claim to unextinguished

Aboriginal title or usage rights. Such overlaps must be assessed accordingly.

- ✓ Contact Aboriginal groups (when feasible) to help determine effective methods and timing for consultation.
- ✓ Consider whether there is a need or desire for a consultation agreement or protocol. Such agreements are becoming increasingly common in different regions of the country and although such a commitment would take more time and effort, they could have value by ensuring that all the parties understand the proposed consultation process. DOJ counsel is prepared to assist in this regard.
- ✓ Identify potential challenges to the Crown consultation process (language, geography, cultural practices, seasonal activities, current litigation).
- ✓ Create a budget and timeframes for consultation activities.
- ✓ Identify indicators for an evaluation process should one be undertaken.

Phase 2: Crown Consultation

Implement the consultation process

Federal departments/agencies should keep in mind the following considerations when implementing a consultation process depending on what has been determined in Step 5 in the “Pre-Consultation and Analysis and Planning” phase:

- ✓ Initiate the consultation process as early as possible after determining consultation will be required.
- ✓ Clearly identify who has the authority to consult on behalf of Canada in the particular context – which departments/agencies have the mandates and the ability to sign any agreements or protocols reached on behalf of Canada. It may be appropriate to designate one representative where a number of government departments or agencies are involved (DOJ counsel is not responsible for and generally not required for the consultation process itself, but rather may provide support and advice.)
- ✓ Integrate, to the maximum extent possible, the Crown consultation with the Aboriginal group(s) with an existing regulatory process for the project/activity (e.g., environmental assessment process), if the regulatory process proceeds at the same time. Need to communicate this to the Aboriginal group(s) in

question, so they know that it is the Crown's expectation that an existing process will form part of the consultation process/record.

- ✓ Notify the Aboriginal group(s) of the proposed activity; provide a government contact for any questions or concerns; and offer to meet to discuss the matter further (via public or specific process as may be determined appropriate in the context).
- ✓ If necessary, request detailed information from the Aboriginal group(s) about the nature of the established or potential right and the geographic location where it is exercised
- ✓ Seek confirmation about who speaks for the Aboriginal group(s) that claim(s) to hold section 35 rights, and identify any overlaps to such claims.
- ✓ Provide the potentially affected Aboriginal group(s) with clear, relevant information in a timely manner.
- ✓ Provide information about the proposed project/activity, and address what the Crown knows of the Aboriginal interests and what the Crown anticipates may be the potential adverse impact on those interests.
- ✓ Where the project/activity is to be designed and carried out by a third party, consider whether their experts would assist in outlining the technical and particular aspects of the project/activity and assist in facilitating such meetings.
- ✓ Consult with DOJ counsel about the documents you plan to disclose, to prevent inadvertently waiving any privilege or disclosing a Cabinet confidence.
- ✓ Provide the Aboriginal group(s) with enough time to assess the adverse impacts of the proposed project/activity, to prepare its views on the matter, and to present its concerns. Notably, ask whether those consulted were provided with sufficient information concerning the proposed project/activity so as to enable them to provide meaningful input.
- ✓ Engage the potentially affected Aboriginal group(s) regarding the proposed project/activity so that they have an opportunity to articulate concerns regarding its effects (i.e., schedule follow-up meetings to discuss concerns, as required).
- ✓ Consider the concerns of the affected Aboriginal group(s) and respond in a timely fashion to concerns that have been identified throughout the consultation process. Communicate the Crown's decision to the potentially affected Aboriginal group(s) to demonstrate and document which of the

Aboriginal group(s) concerns were addressed, how they were addressed as well as which concerns were not addressed, and the reasons.

- ✓ Depending on the nature of the concerns ensure that the third party (i.e., proponent) is involved as it is better able to consider and outline possible measures to prevent or diminish any potential adverse impact of certain kinds of projects (e.g., placement of docks, pipelines, electrical generators, etc.).
- ✓ Ensure that throughout the consultation process, information is shared with other government departments/agencies and their legal counsel who are either directly or indirectly involved.

Federal departments/agencies should approach Aboriginal consultation with awareness that they may be required to demonstrate the completeness and integrity of the process at a later date. To this end, they should keep detailed records documenting each step in the process. Examples of the activities to be recorded are:

- ✓ Government or non-governmental sources regarding the identity of Aboriginal group(s) who might be affected by the proposed project/activity.
- ✓ Each contact made with Aboriginal group(s).
- ✓ Information shared with Aboriginal group(s) regarding the proposed project/activity and any feedback.
- ✓ Each meeting with Aboriginal group(s) to discuss the proposed project/activity and any feedback from the meeting.
- ✓ Response to any information requests made by Aboriginal group(s).
- ✓ Legal advice sought at any point during the consultation process.
- ✓ Summaries of Aboriginal concerns conveyed to government decision makers where appropriate.
- ✓ Decisions by government decision makers and implementation instructions.

It is recommended practice for federal departments/agencies to maintain detailed records which contain the following information:

- ✓ Who created the record;
- ✓ Where and when the record was made;
- ✓ Who performed the activity recorded;

- ✓ Date and place of each activity; and,
- ✓ Copies of all relevant correspondence that relate to the record (including notes of meetings, conversations, e-mail messages and telephone calls).

Dispute Resolution

Except for those contexts that involve Aboriginal lands over which title has been established, the legal duty to consult does not include a requirement to agree on a resolution to the issues raised during the consultation process. Nevertheless, there may be benefit in considering various means to overcome disagreements, such as dispute resolution mechanisms, as they may assist in minimizing conflict and providing less litigious means in dealing with disagreements in the course of consultation or in the implementation of accommodation measures.

In order to research the contents of dispute resolution mechanisms, go to the following website which contains a listing of all dispute resolution mechanisms described in Treaties and final agreements: http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_e.html

This is only to be used as a guide when you are consulting with Aboriginal group(s) having existing agreements with the Crown, or as a guide to the types of clauses or approaches to a dispute resolution process to be included in a consultation protocol or agreement.

Phase 3: Accommodation

In summary, at this point in the consultation process, it will have been determined that:

- ✓ There is a federal project/activity.
- ✓ The project/activity touches upon established or potential Aboriginal and treaty rights.
- ✓ The strength of the established or potential rights will have been assessed.
- ✓ The project/activity will have a potential adverse impact on the rights.
- ✓ The nature and scope of the adverse impact will have been identified.

While the term “accommodation” may appear to be new, federal departments/agencies will undoubtedly be able to point to a number of situations where some form of accommodation has been implemented. Consultation may uncover issues or concerns about the activity that the Crown should attempt to accommodate. Whether accommodation is necessary and what form it will take is dependent on the findings of the consultation process. Accommodation may take the form of a minor or major change to the project plan; it may involve land transactions or exchanges; it could extend to compensation packages or impact-benefit agreements with Aboriginal group(s).

Accommodation may be required where there is a strong claim to a section 35 right and a potentially significant adverse impact on the claimed right. The courts have said that consultation would be meaningless if it excluded from the outset any form of accommodation.

Where accommodation is required, responsible departments/agencies should work with the Aboriginal group and attempt to identify solutions that balance the interests of the particular Aboriginal group with the societal interests of all Canadians that the Crown is obligated to uphold. Where accommodation measures may be made between an Aboriginal group and a third party proponent, the Crown will need to determine if it wishes to be involved in that arrangement, what role it may have and if it can require that such be made “with prejudice” such that the Crown may be able to rely on it if necessary (e.g., Income Benefits Agreements, Forest Range Agreements in British Columbia), should there be a future Court challenge as to the adequacy of Crown consultation.

The Courts have emphasized the need for flexibility and responsiveness; an ability and willingness to adjust the activity in question; to provide options for addressing the interests and concerns raised in the course of consultations; and to do so in good faith. In the end, the Crown must demonstrate that as a whole, it did what it could to reconcile Aboriginal concerns with other societal interests and that the consultation process it implemented was reasonable. This may require direct accommodation measures by the Crown if it is the proponent or the placement of terms or conditions on approvals or authorizations granted to third party proponents.

While there is no duty to agree, that is, the process does not give Aboriginal groups a veto, good faith and reasonable efforts by the parties to understand concerns and seek solutions are required.

When managing accommodation, the following key factors should be considered when establishing an internal process to address accommodation matters:

- ✓ An understanding of the mandates of participating federal departments/agencies in order to understand the contribution that the federal departments/agencies can make in the accommodation.
- ✓ Determining whether additional departments/agencies need to be engaged in the process or if additional mandates need to be sought:
 - Limits based on particular mandates of departments/agencies or other federal bodies will not limit the nature, scope or content of the consultation duty or accommodation that may be appropriate in the context.
- ✓ An understanding of the decision-making process within the federal department or agency.
- ✓ The need for coordination among departments/agencies.
- ✓ The need for communication that is clear and inclusive of all federal entities where there is more than one federal department/agency involved.
- ✓ The need for documentation of the decision-making process and decisions taken on outstanding concerns, and societal interests.

The following section of the document will outline four steps to follow, along with the key factors mentioned above, for managing accommodation. Note that this section of these Interim Guidelines will be informed by future policy direction and practical experience in dealing with accommodation.

Step 1: Collect background information supporting the basis for accommodation

Federal departments and agencies might consider assembling the following facts to support an approach to accommodation (much of this information should have already been established in the “Pre-consultation Analysis and Planning” phase):

- ✓ The status of the established or potential Aboriginal and treaty rights.
 - An “established” right or title may suggest a requirement for consent from the Aboriginal group(s). As this is not always the case, it is important to consult legal counsel when making the assessment.

- ✓ The strength of the claim as determined by DOJ legal counsel (see Step 4 in the “Pre-Consultation Analysis and Planning” phase) as such has been identified by the Courts as a basis for determining how deep consultation efforts must be and whether accommodation measures are necessary.
- ✓ The degree of adverse impact on the established or potential Aboriginal and treaty rights (as established in the Pre-consultation Analysis Planning phase and outlined in Figures 2 and 3).
- ✓ The concerns identified by the Aboriginal group(s) regarding the adverse impacts.
- ✓ The broader societal interests and valid Crown objectives as identified by the federal departments/agencies.
- ✓ The range of possible measures or solutions to address adverse impacts determined in conjunction with all parties (including the provinces, territories and third party proponents as appropriate).

Step 2: Review and determine accommodation option(s)

After determining that accommodation is appropriate in the circumstances, the next step in managing accommodation involves first, assessing the range of measures, and next, determining the accommodation options for implementation. An assessment at this stage is an internal process and should involve DOJ, keeping in mind consultations and concerns raised by the Aboriginal groups. The assessment to determine accommodation options could take into account:

- ✓ The balance between other societal interests and the reasonableness of the solution using the facts collected from Step 1 above.
- ✓ The possible changes to the design or approach to a proposed project/activity (e.g., changes to the specifications of a project) and the steps required to make the changes.
- ✓ The role of third parties in addressing adverse affects to established or potential Aboriginal and treaty rights. Requirements for such adjustments and potential demands for compensation for such by proponents.
- ✓ The financial requirements for the accommodation options.
- ✓ The identification of current or new authorities required to implement the accommodation measures:
 - What are the federal department/agency mandates with respect to the accommodation options?

- What could other departments/agencies offer under their current mandate (i.e. Human Resources and Social Development Canada – job training; Fisheries and Oceans Canada – alternative fishing opportunities; purchase of other lands; etc.)? Such measures may meet the concerns and interests without requiring new resources.
 - What financial authorities do the federal departments/agencies have available to support the accommodation options?
 - What other federal/provincial/territorial departments have authorities (mandate and/ or financial) that would support the accommodation options?
 - What new mandates are required?
- ✓ The need for collaboration within the Crown for accommodating and reconciling different federal interests and for reaching a resolution of competing or incompatible interests using existing interdepartmental processes is crucial to establishing a consistent Crown position and representation.

This assessment process would outline the Crown position on accommodation options for discussion with Aboriginal rights holders. It is essential that federal departments and agencies have the appropriate internal approvals and that potential accommodation measures proposed are reviewed by and approved by senior management of the department/agency.

Step 3: Determine the selected accommodation options(s):

The legal duty to consult does not include a duty to agree on a resolution to the issues raised during consultations. The Crown must determine the preferred accommodation option(s); this phase of the process may include discussions or negotiation with Aboriginal group(s).

Step 4: Document and communicate the decision(s)

It is important to document and communicate directly (in writing) to all parties the terms of the accommodation whether or not it is mutually agreed upon and document any outstanding issues.

The following could be described in the documentation when clarifying the content of the decision:

- ✓ Consultation process used to arrive at the decision to demonstrate that a meaningful process was employed and the Crown was reasonable and acted in good faith.
- ✓ Accommodation measures considered, offered and accepted.
- ✓ Aboriginal rights holders to which the measures apply.
- ✓ Roles and responsibilities of all parties involved (e.g., Crown, Aboriginal rights holders, third parties).
- ✓ Approach for addressing the concerns.
- ✓ Outstanding issues and why they were not addressed.
- ✓ Rationale (if appropriate) for proceeding with the proposed activity.

It is essential to communicate the understanding of the accommodation to all parties. Such communication should be coordinated if more than one federal department/agency and/or government is involved. It is also recommended that the department/agency maintain a roster or inventory of the various accommodation measures adopted for projects/activities.

Phase 4: Implementation, Monitoring and Follow-Up

The success of the consultation and, where appropriate, accommodation will be realized in this phase, which involves the design of how the decisions will be implemented; what is necessary to ensure that the plan has been followed or what issues might have arisen in the implementation; and the follow-up on the lessons learned from the process.

Step 1: Implement the decision

Federal departments/agencies may want to consider the development of an implementation plan that is:

- ✓ based on the approved decision;
- ✓ constructed in conjunction with the Aboriginal group(s) and other parties; and,
- ✓ includes monitoring.

Step 2: Monitoring

Monitor the fulfilment of commitments made to the Aboriginal rights holders. Do this by ensuring the Crown is coordinated in fulfilling any commitments. This could be accomplished by establishing a means to track activities and report on them. Consideration could be given to:

- ✓ using existing tracking and reporting processes that may already be in place; and,
- ✓ identifying the federal responsibility centre for the reporting and tracking process if more than one department/agency or level of government is involved.

Further, engage in on-going communication with Aboriginal rights holders as necessary when implementing the decision.

Step 3: Follow-up

Following the implementation of the decision, federal departments/agencies should consider evaluating the process. Follow-up should take into consideration:

- ✓ the design of evaluation criteria at the outset of the undertaking so the goals/objectives/results to be achieved are clear and can be tracked over a reasonable period of time;
- ✓ advice from department/agency's Evaluation units on the practicality of groupings or one-off evaluations; and,
- ✓ involvement of Aboriginal group(s) in the development of the criteria.

END NOTES

¹ *Haïda Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] S.C.J. No. 70.

² *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] S.C.J. No. 69.

³ *Mikisew Cree First Nation v. Canada Minister of Heritage*, [2005] S.C.J. 71.

⁴ S.35(1), ***Constitution Act, 1982*** – Recognition of existing aboriginal and treaty rights – The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

⁵ “Existing” includes established and potential Aboriginal and treaty rights. Paragraph 25 of *Haïda Nation v. British Columbia* states: “The potential rights embedded in these claims are protected by s. 35 of the ***Constitution Act, 1982***. The honour of the Crown requires that these rights be determined, recognized and respected. This, in turn, requires the Crown, acting honourably, to participate in processes of negotiation. While this process continues, the honour of the Crown may require it to consult and, where indicated, accommodate Aboriginal interests.

⁶ There is significant variability across the country. For example, in British Columbia and Quebec, there are few treaties but many overlapping assertions of Aboriginal rights and title, when compared with the Peace and Friendship Treaties in the Maritimes and the historic treaties of the Prairies provinces. This landscape differs from those modern treaties in the territories North of 60°, northern B.C., and in James Bay which contain specified consultation processes. Each context will require some measure of adaptation to the consultation approach to ensure that it reflects the reality of the rights and interests that exist.

⁷ See *Mikisew Cree* at paragraph 1: “...The multitude of smaller grievances created by the indifference of some government officials to aboriginal people’s concerns, and the lack of mutual respect inherent in that indifference has been destructive of the process of reconciliation as some of the larger more explosive controversies”.

⁸ The Crown may be deemed to have constructive knowledge of a treaty right or potential Aboriginal right, even if only one department/agency is aware of the assertion.

NOTES EN FIN DE TEXTE

¹ *Nation Haida c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*, [2004] S.C.J. n° 70.

² *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (directeur d'évaluation de projet)*, [2004] S.C.J. n° 69.

³ *Première nation criée Mikisew c. Canada (ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] S.C.J. n° 71.

⁴ Paragraphe 35(1), *Loi constitutionnelle de 1982* – Reconnaissance des droits existants, ancestraux et issus de traités – Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

⁵ Le terme « existants » comprend les droits ancestraux et issus de traités, établis et potentiels. Le paragraphe 25 de l'arrêt *Nation Haida c. Colombie-Britannique* indique que : « Les droits potentiels visés par ces revendications sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l'honneur de la Couronne peut l'obliger à consulter les Autochtones et, s'il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts. »

⁶ La situation varie grandement d'une région à l'autre du pays. Par exemple, en Colombie-Britannique et au Québec, les traités sont peu nombreux, mais il y a de nombreuses revendications de droits et titres ancestraux qui se recoupent, en comparaison des Traités de paix et d'amitié dans les Maritimes et des traités historiques dans les provinces des Prairies. Ce paysage est différent dans les territoires au nord du 60^e parallèle, dans le nord de la Colombie-Britannique et à la baie James, où des traités contemporains prévoient des processus de consultation précis. Il faudra adapter la méthode de consultation pour faire en sorte qu'elle tienne compte de la réalité des droits et des intérêts en cause dans chaque contexte.

⁷ Voir le paragraphe 1 de la décision *Première nation Crie Mikisew* : « La multitude de griefs de moindre importance engendrés par l'indifférence de certains représentants du gouvernement à l'égard des préoccupations des peuples autochtones, et le manque de respect inhérent à cette indifférence, ont causé autant de tort au processus de réconciliation que certaines des controverses les plus importantes et les plus vives. »

⁸ On pourrait considérer que la Couronne a une connaissance par interprétation d'un droit issu d'un traité ou d'un droit ancestral potentiel, même si un seul ministère ou organisme est au courant de l'affirmation de ce droit.

- ✓ utiliser les processus existants de surveillance et d'établissement de rapports;
 - ✓ déterminer le centre de responsabilité fédéral du processus de surveillance et d'établissement de rapports si plus d'un ministère ou organisme fédéral ou plus d'un niveau de gouvernement est concerné.
- De plus, il faut entretenir des communications soutenues avec les détenteurs de droits ancestraux, suivant les besoins, au cours de la mise en oeuvre de la décision.
- Troisième étape : Assurer le suivi**
- Après la mise en oeuvre de la décision, les ministères et organismes fédéraux devraient envisager d'effectuer une évaluation du processus. Le suivi devrait prendre en considération les questions suivantes :
- ✓ la définition des critères d'évaluation dès le début de l'entreprise pour que les buts, les objectifs et les résultats à atteindre soient clairs et que l'on puisse en suivre l'évolution au cours d'une période de temps raisonnable;
 - ✓ les conseils fournis par la section d'évaluation du ministère ou de l'organisme concernant la faisabilité d'évaluations groupées ou uniques;
 - ✓ la participation de groupes autochtones à la définition des critères.



Assurer la surveillance du respect des engagements pris à l'égard des détenteurs de droits ancestraux en veillant à ce que la Couronne remplisse ses engagements d'une manière coordonnée. Cela pourrait se faire en développant des moyens pour surveiller les activités et établir des rapports connexes. Il faudrait étudier les possibilités suivantes :

Deuxième étape : Surveiller la mise en œuvre

- ✓ basé sur la décision approuvée;
- ✓ dressé conjointement avec le ou les groupes autochtones et d'autres parties;
- ✓ comportant un volet de surveillance.

Les ministères et organismes fédéraux pourraient envisager l'élaboration d'un plan de mise en œuvre :

Première étape : Mettre en œuvre la décision

C'est au cours de la quatrième phase que la réussite de la consultation et, s'il y a lieu, de la mesure d'accommodement sera assurée. Il faut concevoir la façon dont les décisions seront appliquées, prendre des mesures pour s'assurer que le plan est suivi ou pour examiner les questions qui se poseront au cours de la mise en œuvre, et assurer le suivi des leçons qui seront retenues du processus.

Quatrième phase : Mise en œuvre, surveillance et suivi

Il est indispensable de communiquer la conception de l'accommodement à toutes les parties, et d'assurer la coordination des communications lorsque plus d'un ministère ou organisme fédéral est concerné. Il est aussi recommandé que le ministère ou l'organisme dresse une liste ou un inventaire des diverses mesures d'accommodement adoptées pour des projets ou des activités.

- ✓ une description des questions en suspens, et des raisons pour lesquelles elles n'ont pas été résolues;
- ✓ les raisons (s'il y a lieu) qui justifient que l'on donne suite à l'activité ou au projet proposé.
- ✓ une description de l'approche adoptée pour aborder les préoccupations soulevées;

• Quels nouveaux mandats sont nécessaires?

✓ Il est indispensable que les ministères de la Couronne collaborent et se servent des processus interministériels existants pour accommoder et concilier des intérêts fédéraux différents, ainsi que des intérêts contradictoires ou divergents, afin de définir une position et une représentation cohérentes de la Couronne.

L'évaluation permettrait de définir la position de la Couronne au sujet des options d'accommodement qui sera discutée avec les détenteurs de droits ancestraux. Il est indispensable que les ministères et organismes fédéraux obtiennent les approbations internes appropriées et que les mesures d'accommodement potentielles proposées soient examinées et approuvées par la haute direction du ministère ou de l'organisme concerné.

Troisième étape : Choisir la ou les options d'accommodement

L'obligation légale de consulter ne comporte pas une obligation de convenir d'une résolution au sujet des questions soulevées au cours des consultations. La Couronne doit déterminer la ou les options d'accommodement préférées; cette phase du processus pourrait inclure des discussions ou des négociations avec les groupes autochtones.

Quatrième étape : Documenter et communiquer la ou les décisions

Il est important de documenter et de communiquer directement (par écrit) à toutes les parties les conditions de l'accommodement, qu'elles aient été convenues ou non d'un commun accord, et de documenter les questions en suspens. La documentation visant à clarifier le contenu de la décision pourrait comporter les descriptions suivantes :

- ✓ une description du processus de consultation entrepris pour arriver à la décision afin de démontrer que des consultations véritables ont été menées et que la Couronne a été raisonnable et a agi de bonne foi;
- ✓ une description des mesures d'accommodement qui ont été étudiées, offertes et acceptées;
- ✓ une description des détenteurs de droits ancestraux auxquels s'appliquent les mesures d'accommodement;
- ✓ une description des rôles et responsabilités de toutes les parties concernées (p. ex., la Couronne, les détenteurs de droits ancestraux, les tiers);

Deuxième étape : Examiner et déterminer la ou les options d'accommodement

Après avoir déterminé que la mesure d'accommodement envisagée est appropriée compte tenu des circonstances, la prochaine étape de la gestion de l'accommodement consiste d'abord à évaluer la panoplie des mesures éventuelles et, ensuite, à déterminer la ou les options d'accommodement qui seront appliquées. À ce stade, l'évaluation est un processus interne, auquel le ministre de la Justice devrait participer, qui doit tenir compte des consultations et des préoccupations soulevées par les groupes autochtones. Elle pourrait prendre en considération les éléments suivants :

- ✓ L'équilibre entre d'autres intérêts sociétaux et le caractère raisonnable de la solution en tenant compte des renseignements recueillis lors de la première étape (ci-dessus).
- ✓ Les modifications possibles de la conception ou de l'approche du projet ou de l'activité (p. ex., modification des caractéristiques d'un projet) et les étapes nécessaires pour les effectuer.
- ✓ Le rôle des tiers dans les mesures visant à contrer les effets préjudiciables aux droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis. La nécessité d'effectuer de tels ajustements et d'éventuelles demandes d'indemnisation des promoteurs.
- ✓ Les implications financières des options d'accommodement.

- ✓ La détermination des pouvoirs actuels ou nouveaux nécessaires pour appliquer les mesures d'accommodement :

- Quels sont les mandats des ministères et organismes fédéraux en ce qui concerne les options d'accommodement?
- Que pourraient offrir d'autres ministères ou organismes dans le cadre de leur mandat actuel (c'est-à-dire Développement des ressources humaines Canada – formation professionnelle; Pêches et Océans Canada – autres possibilités de pêche; achat d'autres terres; etc.)? De telles mesures pourraient répondre aux préoccupations et intérêts soulevés, sans nécessiter de nouvelles ressources.
- Quels sont les pouvoirs financiers que détiennent les ministères et organismes fédéraux concernés pour appuyer les options d'accommodement?
- Y a-t-il d'autres ministères fédéraux, provinciaux ou territoriaux qui détiennent des pouvoirs (mandat et/ou pouvoir financier) qui pourraient appuyer les options d'accommodement?

✓ La nécessité de documenter le processus décisionnel, ainsi que les décisions prises à l'égard de questions en suspens et d'intérêts sociétaux.

Les quatre étapes à suivre pour gérer l'accommodement, de même que les grands facteurs énumérés ci-dessus, sont décrits dans leurs grandes lignes dans la section suivante. Il convient de noter que cette section des présentes lignes directrices provisoires devra tenir compte des futures orientations stratégiques et des expériences pratiques liées à l'accommodement.

Première étape : Recueillir les renseignements généraux justifiant l'accommodement

Les ministères et organismes fédéraux pourraient envisager de recueillir les renseignements suivants pour justifier une mesure d'accommodement (une bonne partie de ces renseignements auront déjà été obtenus au cours de la phase d'analyse et de planification préliminaires) :

- ✓ Le statut des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis :
- L'existence d'un droit ou d'un titre « établi » pourrait faire naître une obligation d'obtenir le consentement du ou des groupes autochtones. Comme cela n'est pas toujours le cas, il est important de consulter l'avocat du ministère de la Justice pour faire cette évaluation.

✓ Les tribunaux ont statué que l'évaluation de la solidité de la revendication qu'effectue l'avocat du ministère de la Justice (voir la quatrième étape de la phase d'analyse et de planification préliminaires) peut servir de fondement pour déterminer l'étendue de l'obligation de consulter et la nécessité de prendre des mesures d'accommodement.

✓ L'ampleur des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus d'un traité, établis ou potentiels (déterminée au cours de la phase d'analyse et de planification préliminaires et illustrée dans les figures 2 et 3).

✓ Les préoccupations exprimées par le ou les groupes autochtones à l'égard des effets préjudiciables.

✓ Les intérêts sociétaux plus vastes et les objectifs valables de la Couronne, identifiés par les ministères et organismes fédéraux.

✓ La panoplie des mesures ou solutions possibles pour contrer les effets préjudiciables déterminés conjointement avec toutes les parties (y compris les provinces, les territoires et les promoteurs industriels suivant les besoins).

mesures d'accommodement entre un groupe autochtone et un tiers sont prévues, la Couronne doit déterminer si elle souhaite se prêter à cet arrangement, quel rôle elle pourrait y jouer, et si l'accommodement peut être fait « non sous toutes réserves » de sorte qu'elle puisse y recourir si nécessaire (p. ex., ententes sur les avantages en matière de revenus, ententes sur les districts forestiers en Colombie-Britannique) dans l'éventualité d'une contestation judiciaire future au sujet de la justesse de la consultation par la Couronne.

Les tribunaux ont insisté sur la nécessité de faire preuve de souplesse et de sensibilité, d'être apte et disposé à adapter l'activité en question, et de proposer de bonne foi des options pour tenir compte des préoccupations et des intérêts ayant été discutés au cours des consultations. En fin de compte, la Couronne doit démontrer que, dans l'ensemble, elle fait de son mieux pour concilier les préoccupations des Autochtones avec d'autres intérêts sociétaux et que le processus de consultation qu'elle a mené a été raisonnable. Cela peut nécessiter des mesures d'accommodement direct par la Couronne si c'est elle qui propose l'activité ou l'imposition de conditions aux approbations ou autorisations accordées à des tiers qui proposent une activité.

Bien qu'il n'y ait aucune obligation de se mettre d'accord, c'est-à-dire que le processus n'attribue pas de droit de veto aux groupes autochtones, les parties doivent faire des efforts suffisants, de bonne foi, pour comprendre les préoccupations et chercher des solutions. Un processus de gestion interne de mesures d'accommodement devrait prendre en considération les principaux facteurs suivants :

- ✓ Une compréhension des mandats des ministères et organismes fédéraux participants afin de déterminer la contribution qu'ils peuvent apporter à la mise en œuvre des mesures d'accommodement.
- ✓ Déterminer, s'il y a lieu, quels autres ministères et organismes doivent prendre part au processus, ainsi que les mandats additionnels à obtenir :
- Les restrictions sur les mandats particuliers des ministères et organismes ou d'autres entités fédérales ne limiteront pas la nature, l'étendue ou le contenu des obligations de consulter ou d'accommoder qui pourraient s'avérer appropriées dans le contexte.
- ✓ Une compréhension du processus décisionnel au sein du ministère ou organisme fédéral concerné.
- ✓ Le besoin de coordination entre les ministères et organismes concernés.
- ✓ La nécessité d'assurer des communications claires qui incluent toutes les entités fédérales lorsqu'il plus d'un ministère ou organisme concerné.

Lorsqu'un accommodement est requis, les ministères et organismes responsables devraient collaborer avec le ou les groupes autochtones et tenter de trouver des solutions qui concilient leurs intérêts avec les intérêts sociétaux de l'ensemble de la population canadienne que la Couronne est tenue de respecter. Lorsque des

Un accommodement pourrait être nécessaire si la revendication d'un droit garanti par l'article 35 est solide et qu'il y a d'importants effets préjudiciables potentiels sur le droit revendiqué. Les tribunaux ont statué qu'une consultation qui exclurait dès le départ toute forme d'accommodement serait vide de sens.

Bien que le terme « accommodement » puisse sembler nouveau, les ministères et organismes fédéraux pourront sans aucun doute indiquer plusieurs situations où une certaine forme d'accommodement a été ménagée. Il se pourrait que la consultation mette au jour des questions ou des préoccupations à l'égard de l'activité prévue que la Couronne devrait tenter d'accommoder. Ce sont les constatations découlant du processus de consultation qui permettront de déterminer si un accommodement est nécessaire et la forme qu'il prendra, par exemple apporter des modifications majeures ou mineures au plan de projet. L'accommodement peut aussi prendre la forme d'une transaction foncière ou d'un échange de terres, ou encore de mesures d'indemnisation ou une entente sur les répercussions et les avantages avec le ou les groupes autochtones.

- ✓ Une activité ou un projet fédéral est prévu.
- ✓ Le projet ou l'activité a des effets sur un droit ancestral ou issu d'un traité, établi ou potentiel.
- ✓ La solidité de la revendication des droits, établis ou potentiels, a été évaluée.
- ✓ L'activité ou le projet aura des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre.
- ✓ La nature et l'ampleur des effets préjudiciables ont été déterminées.

En résumé, à ce stade du processus de consultation, les questions suivantes auront été déterminées :

Troisième phase : Accommodement

Cette liste doit servir uniquement de guide dans le cadre d'une consultation d'un ou plusieurs groupes autochtones qui ont déjà conclu des ententes avec la Couronne, ou pour déterminer le type de clauses ou d'approches de règlement des différends à inclure dans un protocole ou une entente de consultation.

Règlement des différends

À l'exception des situations où il est question de terres autochtones pour lesquelles le titre a été établi, l'obligation légale de consulter ne comporte pas d'obligation de convenir du règlement des questions soulevées au cours du processus de consultation. Néanmoins, il pourrait s'avérer utile d'examiner divers moyens d'y apporter des solutions, comme des mécanismes de règlement des différends, puisqu'ils peuvent contribuer à minimiser les conflits et à fournir des moyens moins litigieux de résoudre les désaccords au cours de la consultation ou de l'application des mesures d'accommodement.

Pour effectuer la recherche du contenu des mécanismes de règlement des différends, consulter la liste de tous ceux qui sont décrits dans des traités et des accords dans le site Web suivant : http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html

- ✓ Les renseignements relatifs à toutes les réunions avec le ou les groupes autochtones dans le but de discuter du projet proposé et les observations découlant de ces réunions.
- ✓ Les réponses aux demandes d'information présentées par le ou les groupes autochtones.
- ✓ Les conseils juridiques demandés au cours du processus de consultation.
- ✓ Les résumés des préoccupations des Autochtones qui sont communiqués au besoin aux décideurs supérieurs.
- ✓ Les décisions prises par les décideurs supérieurs et les consignes de mise en œuvre.
- Il est recommandé aux ministères et organismes fédéraux de tenir des dossiers détaillés qui contiennent les renseignements suivants :
 - ✓ le nom de la personne qui a ouvert le dossier;
 - ✓ le lieu et la date de l'ouverture du dossier;
 - ✓ le responsable de la réalisation de l'activité consignée;
 - ✓ la date et le lieu de chaque activité;
 - ✓ des copies de toute la correspondance pertinente liée au dossier (y compris des comptes rendus de réunions, de conversations, de courriels et d'appels téléphoniques).

- ✓ Accorder aux groupes autochtones potentiellement concernés le temps nécessaire pour évaluer les effets préjudiciables de l'activité ou du projet proposé, se former une opinion sur la question et communiquer leurs préoccupations. Notamment, demander si les personnes consultées ont reçu des renseignements suffisants au sujet de l'activité ou du projet proposé pour apporter une contribution significative.
- ✓ Nouer le dialogue avec les groupes autochtones potentiellement concernés pour leur donner l'occasion d'exprimer leurs préoccupations au sujet des effets de l'activité ou du projet proposé (c'est-à-dire, prévoir des réunions de suivi pour discuter de leurs préoccupations au besoin).
- ✓ Prendre en considération les préoccupations des groupes autochtones concernés et répondre en temps opportun aux préoccupations qui ont été exprimées tout au long du processus de consultation. Communiquer la décision de la Couronne aux groupes autochtones qui sont potentiellement concernés pour expliquer et documenter lesquelles de leurs préoccupations ont été prises en considération, celles qui ne l'ont pas été, et expliquer les raisons.
- ✓ Selon la nature des préoccupations, veiller à ce que les tiers (c'est-à-dire les promoteurs) participent, puisqu'ils sont plus aptes à examiner et à décrire brièvement les mesures possibles pour prévenir ou atténuer les effets préjudiciables de certains types de projet (p. ex., déterminer l'emplacement de bassins, de pipelines, de générateurs électriques, etc.).
- ✓ Tout au long du processus de consultation, veiller à ce que les renseignements soient partagés avec d'autres ministères et organismes gouvernementaux qui sont directement ou indirectement concernés, ainsi qu'avec leurs avocats.
- Les ministères et organismes fédéraux devraient aborder la consultation des Autochtones en étant conscients qu'ils pourraient avoir à démontrer le caractère complet et l'intégrité du processus à une date ultérieure. À cette fin, ils devraient tenir des dossiers détaillés pour documenter chaque étape du processus. Voici des exemples du type d'informations qui doivent être consignées :
- ✓ Les sources gouvernementales ou non gouvernementales concernant l'identité des groupes autochtones sur qui l'activité ou le projet proposé pourrait avoir des effets.
- ✓ Tous les contacts pris avec le ou les groupes autochtones.
- ✓ Les renseignements communiqués aux groupes autochtones concernant le projet proposé et leurs réactions.

- ✓ Intégrer, dans toute la mesure du possible, la consultation par la Couronne du ou des groupes autochtones à un processus réglementaire existant pour le projet ou l'activité en question (p. ex., un processus d'évaluation environnementale), à condition que le processus réglementaire se déroule en même temps. Il faut en informer les groupes autochtones concernés pour qu'ils sachent que la Couronne s'attend à ce qu'un processus existant fasse partie du processus de consultation.
 - ✓ Aviser le ou les groupes autochtones de l'activité proposée, fournir les coordonnées d'une personne-ressource au sein du gouvernement à laquelle ils peuvent adresser leurs questions ou préoccupations, et offrir de les rencontrer pour discuter en détail de la question (par l'intermédiaire d'un processus public ou d'un processus déterminé selon ce qui aura été jugé utile dans le contexte).
 - ✓ S'il y a lieu, demander des renseignements détaillés aux groupes autochtones concernés au sujet de la nature du droit, potentiel ou établi, et du lieu géographique où il est exercé.
 - ✓ Chercher à obtenir la confirmation de l'identité de la ou des personnes qui parle(nt) au nom de la ou des collectivités qui revendiquent des droits garantis par l'article 35, et déterminer si ces revendications en recourent d'autres.
 - ✓ Fournir aux groupes autochtones potentiellement concernés des renseignements clairs et pertinents en temps opportun.
 - ✓ Fournir des renseignements sur l'activité ou le projet proposé, sur la connaissance qu'a la Couronne des intérêts autochtones et sur les effets préjudiciables potentiels, selon la Couronne, que pourraient subir ces intérêts.
 - ✓ Dans les cas où des projets ou activités sont conçus et réalisés par un tiers, examiner la possibilité que leurs spécialistes aident à exposer les grandes lignes des aspects techniques et particuliers du projet ou de l'activité, et aident à faciliter ces réunions.
 - ✓ Consulter l'avocat du ministère de la Justice au sujet des documents que vous avez l'intention de divulguer pour empêcher l'abandon d'un privilège ou la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet par inadvertance.
- mandat et la capacité de signer une entente qui serait négociée au nom du Canada. Il conviendrait de désigner un représentant lorsque plusieurs ministères ou organismes gouvernementaux sont concernés (l'avocat du ministère de la Justice n'est pas responsable du processus de consultation, d'une manière générale, il n'a pas à y participer, mais plutôt à prêter son appui et à fournir des conseils).

- ✓ Identifier clairement les ministères et organismes qui ont le pouvoir de mener des consultations au nom du Canada dans le contexte particulier – ceux qui ont le pouvoir que la consultation sera nécessaire.
- ✓ Engager le processus de consultation dès que possible après avoir déterminé

Lorsqu'ils entreprennent un processus de consultation, les ministères et organismes fédéraux ne doivent pas oublier les considérations suivantes, selon ce qui a été déterminé à la cinquième étape de la phase d'analyse et de planification préliminaires :

Mettre en œuvre le processus de consultation de la Couronne

Deuxième phase : Consultation par la Couronne

- ✓ Déterminer les indicateurs qui pourraient servir à un éventuel processus d'évaluation.
- ✓ Établir un budget et l'échéancier des activités de consultation.
- (langues, géographie, pratiques culturelles, activités saisonnières, litige en cours).
- ✓ Identifier les défis potentiels pour le processus de consultation de la Couronne son appui à cet égard.
- peuvent faire en sorte que toutes les parties comprennent le processus de consultation proposé. L'avocat du ministère de la Justice est disposé à prêter
- ✓ Examiner si une entente ou un protocole de consultation est nécessaire ou souhaitable. De telles ententes sont de plus en plus courantes dans différentes régions du pays et, bien qu'elles requièrent plus de temps et d'effort, elles
- déterminer des méthodes de consultation efficaces et le moment de la consultation.
- ✓ Communiquer avec les groupes autochtones, lorsque cela est possible, afin de consultation.
- conséquence.
- ou d'un droit d'utilisation non aboli. Il faut évaluer ces intérêts communs en
- légitime sur les terres visées en vertu d'une revendication d'un titre ancestral
- Il faut être conscient que plus d'un groupe autochtone peut avoir un intérêt
- la réserve, consulter la bande qui jouit des terres en question.
- Si le projet doit être réalisé dans une réserve ou pourrait avoir des effets dans
- mesures spéciales comme obtenir l'autorisation des personnes consultées.
- sur l'identité des représentants légitimes et déterminer s'il faut prendre des

- ✓ Déterminer quels ministères ou organismes de la Couronne agiront au nom du gouvernement aux fins du processus de consultation. On demandera des conseils juridiques afin de déterminer l'étendue des mandats, s'il faut informer et faire participer d'autres organismes fédéraux et si des mandats additionnels sont nécessaires pour remplir l'obligation.
- La Couronne représente le gouvernement en entier, mais chaque ministère ou organisme fédéral a la responsabilité de mener les consultations qui découlent de l'obligation légale de consulter.
- Les mandats et les lois régissant chaque ministère ou organisme fédéral devraient être évalués afin de voir, s'il y a lieu, quelles limitations pourraient restreindre les initiatives de consultation ou la capacité de donner suite à des questions d'accommodement.
- ✓ Déterminer le contenu (c'est-à-dire l'objet de la consultation) et prendre les mesures nécessaires pour que les discussions soient concentrées sur la façon d'examiner en profondeur les préoccupations, de minimiser les effets préjudiciables, et de prendre en compte efficacement les préoccupations concernant la mesure envisagée par la Couronne et ses effets préjudiciables sur les droits, établis ou potentiels, garantis par l'article 35.
- ✓ Envisager de faire participer des gouvernements provinciaux ou territoriaux ou le secteur privé dans le processus de consultation de la Couronne ou vice versa. La participation à un processus de consultation mené par un tiers ou un gouvernement provincial peut-elle éclairer les besoins du gouvernement fédéral ou y répondre en tout ou en partie?
- ✓ Clarifier davantage quelles sont les parties à consulter en étant attentif aux points suivants :
 - La Couronne doit consulter les détenteurs des droits garantis en vertu de l'article 35 ou leurs représentants.
 - La Couronne ne doit pas oublier que les organisations politiques ne sont pas nécessairement les détenteurs de droits même si elles sont autorisées à agir en leur nom. Dans le cas des Métis, ce genre d'organisation peut jouer un rôle unique. Il peut aussi y avoir de bonnes raisons stratégiques d'inclure des organisations politiques dans les consultations prévues puisqu'elles pourraient fournir des renseignements quant aux représentants du groupe de détenteurs de droits qui pourraient subir des effets préjudiciables.
 - S'il n'est pas facile d'identifier les porte-parole ou s'il semble y avoir de la dissension entre les groupes consultés, il faut obtenir des conseils juridiques

Cinquième étape : S'il y a obligation légale de consulter, déterminer le contenu de l'obligation (les étapes et le contenu préliminaires du processus de consultation)

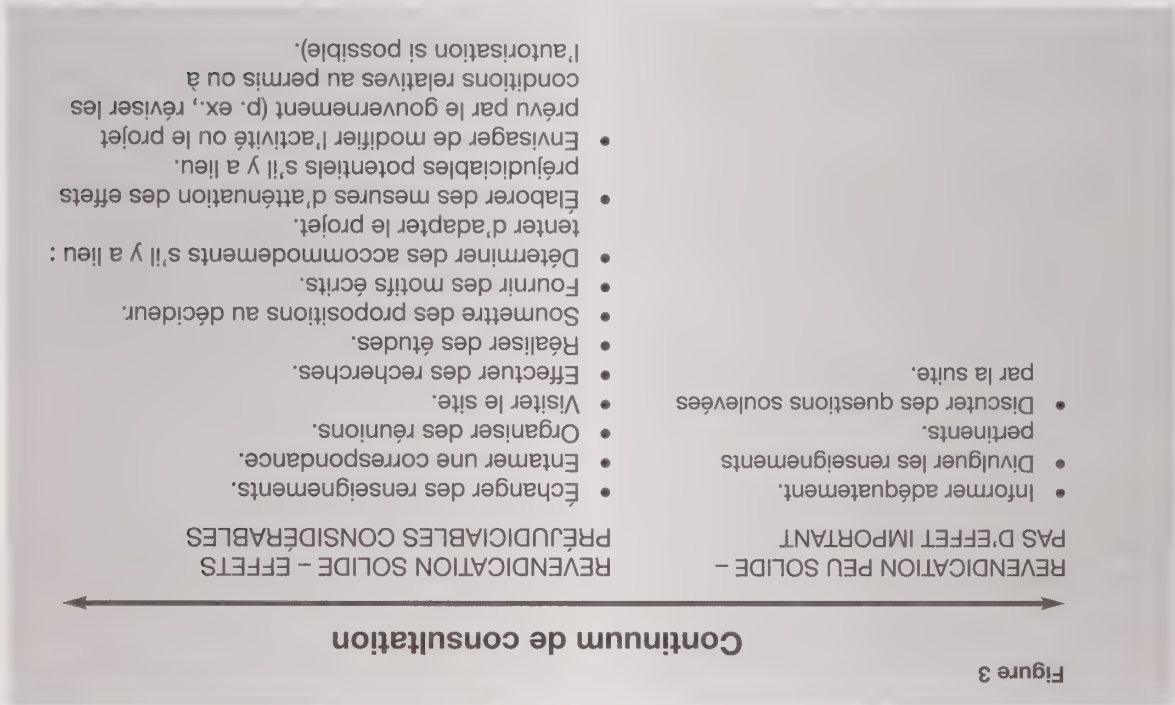
Il ne sera peut-être pas possible de déterminer dès le début les étapes et le contenu exacts du processus de consultation à cause d'un manque de renseignements, mais à mesure qu'il se déroulera, les différentes étapes et le contenu pourraient changer pour rendre compte plus exactement de la solidité et de la nature de la revendication et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le ou les droits.

Il est important de tenir compte des éléments suivants pour déterminer les étapes et le contenu du processus de consultation de la Couronne :

- ✓ Fixer les buts et les objectifs du processus de consultation de la Couronne.
- ✓ Déterminer (si ce n'est déjà fait) si d'autres ministères ou organismes n'auraient pas éventuellement l'obligation eux aussi de consulter le ou les groupes autochtones concernés, et établir les mécanismes de coordination qui pourraient s'avérer utiles (p. ex., un processus d'évaluation environnementale).
- Les ministères ou organismes fédéraux devraient envisager de s'entretenir avec d'autres ministères ou organismes ou d'autres gouvernements afin d'explorer les possibilités de collaborer et afin de déterminer les relations et les processus existants qui peuvent contribuer à satisfaire à l'obligation légale de consulter et qui peuvent être complétés par d'autres activités de consultation.

- ✓ Déterminer s'il y a déjà un processus de consultation en place et s'il satisfait aux exigences relatives à un processus de consultation de la Couronne.
- Les tribunaux ont statué que lorsque l'obligation de consulter se situe au bas du continuum, la participation du groupe autochtone concerné à un processus de consultation multilatéral ou public pourrait s'avérer suffisante. Lorsque l'obligation se situe au haut du continuum, une consultation distincte entre la Couronne et le groupe autochtone concerné pourrait être requise.

- Les tribunaux n'ont pas exigé qu'un processus séparé de consultation de la Couronne soit instauré si le processus en place peut examiner les droits garantis en vertu de l'article 35 (p. ex., dans l'affaire *Première nation Tlingit de Taku River*, le processus d'évaluation environnementale entrepris par la Colombie-Britannique conformément à la *Environmental Assessment Act* était suffisant. En revanche, dans l'affaire *Première nation criée Mikisew*, bien que les exigences de la loi aient toutes été remplies, l'inclusion dans le processus public n'a pas été suffisante).

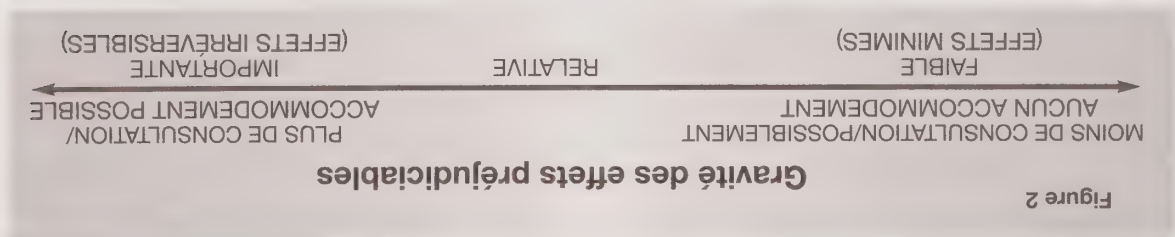


Bien que la responsabilité d'effectuer une évaluation et une analyse préliminaires de l'existence d'une obligation légale de consulter et de l'ampleur ou l'étendue du processus de consultation requis relève de chacun des ministères ou organismes concernés par le projet ou l'activité, il est indispensable que les différentes entités fédérales concernées communiquent, coopèrent et collaborent pleinement.

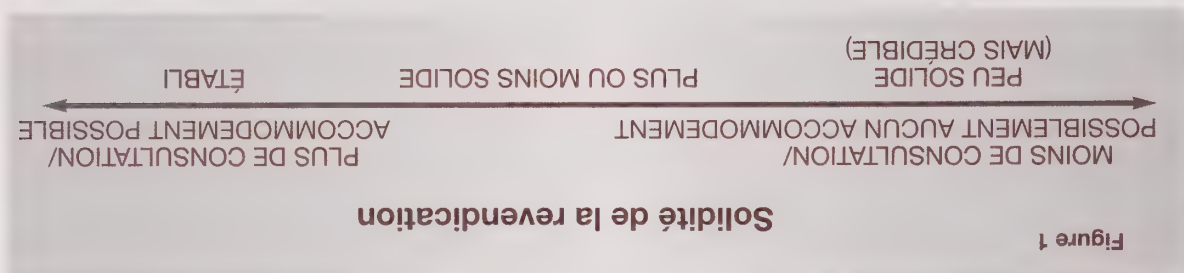
Les ministères et organismes fédéraux souhaiteront peut-être se servir de la trousse Fiche de notation des risques® du Secrétariat du Conseil du Trésor (SCT) comme modèle pour l'évaluation des risques. On trouvera des renseignements sur la trousse à l'adresse suivante :

http://www.tbs-sct.gc.ca/ia-vi/politiques-politiques/rbat-cvar/guide12_f.asp

Les résultats de l'analyse de la solidité de la revendication et de la gravité des effets préjudiciables détermineront l'étendue de la consultation, qui variera de la façon illustrée à la figure 3.



Il faut déterminer le niveau de gravité des effets préjudiciables potentiels sur le ou les droits, comme l'illustre la figure 2, sans oublier qu'il sera peut-être nécessaire de les réévaluer à mesure que se déroule le processus de consultation et que de nouveaux renseignements sont présentés.



Quatrième étape : Déterminer la gravité potentielle des effets préjudiciables de l'activité ou du projet proposé sur les droits, établis ou potentiels, garantis par l'article 35

Il importe de noter qu'une consultation de la Couronne n'a pas pour but de prouver des droits potentiels. L'expérience montre qu'il faut des années pour décrire et confirmer des droits ancestraux. En règle générale, le délai de réalisation des activités ou des projets qui sont proposés est d'une durée plus courte (parfois fixée par la loi). Il est donc important de prendre comme point de départ des évaluations préliminaires des droits et des effets préjudiciables potentiels.

En règle générale, l'étendue ou l'ampleur de l'obligation dépendra de l'évaluation de la solidité de la revendication et de la gravité des effets préjudiciables potentiels de l'activité ou du projet proposé sur les droits établis ou potentiels. S'il y a obligation légale de consulter, le ministère de la Justice peut aider à évaluer la solidité de la revendication (voir la figure 1). Des renseignements d'autres ministères ou organismes pourraient aussi être utiles pour déterminer l'étendue de l'obligation.

(iii) Il y a obligation légale de consulter

Si l'analyse indique que les activités ou le projet proposé pourraient avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, il y aura obligation légale de consulter. Comme il a été mentionné ci-dessus, il sera nécessaire de déterminer qui participera aux consultations et qui a le pouvoir d'agir au nom du Canada et de signer éventuellement les accords ou les protocoles qui seront utilisés, si nécessaire, et d'évaluer les besoins en matière de mandat, s'il y a lieu.

L'existence d'effets de l'activité sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et si ces effets seraient ou non préjudiciables).



(ii) Incertitude relative à l'obligation légale de consulter

Si un doute subsiste sur l'existence d'une obligation légale de consulter, les risques juridiques et d'autres considérations stratégiques devraient être pris en compte. D'un point de vue juridique, des précautions pourraient s'avérer nécessaires puisque la solidité de la revendication et les effets pouvant faire naître une obligation peuvent être faibles et entraîner une obligation légale, et les tribunaux ont suggéré que les difficultés liées à la preuve et à la détermination des revendications soient réglées par le degré de consultation, et non pas en rejetant l'obligation légale de consulter.

Pour résoudre l'incertitude, il pourrait être utile de se tourner vers les connaissances et les expériences d'autres ministères ou organismes fédéraux et d'autres gouvernements associés à des activités et à des situations semblables. Il pourrait aussi être approprié de s'adresser aux groupes autochtones concernés pour clarifier le fondement de leur revendication ou de leur représentation d'un groupe donné.

Au moyen de renseignements supplémentaires, on pourrait déterminer l'existence d'une obligation légale de consulter (détermination qui serait fondée sur

En 2006, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a lancé un processus de consultation en partenariat avec l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Assemblée des Premières Nations en vue d'élaborer différentes options législatives concernant la question des biens immobiliers matrimoniaux sur les réserves. Ces consultations ont été menées pour promouvoir la bonne gouvernance et contribuer à une élaboration solide de lois et de politiques malgré que l'évaluation initiale n'ait pas mené à la conclusion qu'il y avait une obligation légale.

Si l'analyse indique que la mise en œuvre de l'activité ou du projet proposé serait faite de façon à ce qu'il n'y ait pas d'effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, ou que l'activité ou le projet proposé n'auront pas d'effets préjudiciables sur ces droits, la Couronne pourrait alors décider qu'il n'y a pas obligation légale de consulter. Si la preuve étayant les revendications ou la nature de l'activité proposée est modifiée, la position concernant l'obligation légale de consulter devrait être revue. Toutefois, il est important de souligner que le ministère ou l'organisme en question pourrait décider d'entamer quand même un processus de consultation relativement à l'activité ou au projet proposé à des fins de saine gouvernance ou pour des raisons de politiques.

ancstraux; qu'elle n'a aucun lien avec des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels; que les faits démontrent que les droits ont été éteints avant 1982 ou qu'il n'y pas eu maintien des modes d'utilisation des terres).

Il n'y a aucune obligation légale de consulter si l'analyse préliminaire indique que la revendication d'un droit potentiel aux termes de l'article 35 n'est pas crédible (c'est-à-dire, qu'elle ne satisfait pas aux critères relatifs à l'existence de droits

(i) *Aucune obligation légale de consulter*

On devrait demander conseil au ministère de la Justice lorsque l'on entreprend cette évaluation préliminaire. Une fois l'évaluation terminée, le ministère ou l'organisme fédéral devrait être en mesure de déterminer laquelle des trois options suivantes s'applique en ce qui a trait à l'obligation de consulter (il convient de noter que, pour des raisons de saine gouvernance, votre ministère ou organisme pourrait décider tout de même de consulter qu'il y ait ou non obligation légale, et les groupes autochtones concernés devraient en être informés).

PROJET / ACTIVITÉ + DROIT ÉTABLI OU POTENTIEL EN VERTU DE L'ARTICLE 35 + EFFETS PRÉJUDICIAIBLES SUR LE DROIT = OBLIGATION LÉGALE DE CONSULTER

Les trois facteurs doivent exister pour qu'il y ait obligation légale de consulter.

- (1) Y a-t-il un projet ou une activité proposé(e) par la Couronne?;
- (2) Les groupes autochtones dans la région jouissent-ils de droits, établis ou potentiels, en vertu de l'article 35 (évaluation de la solidité de la revendication)?;
- (3) Le projet ou l'activité proposé(e) par la Couronne ou les options de mise en œuvre sont-ils susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur les droits découlant de l'article 35?

L'évaluation préliminaire de l'obligation légale de consulter doit prendre en considération les trois facteurs suivants :

Les renseignements recueillis au cours des deux étapes précédentes doivent ensuite être évalués et analysés afin de déterminer l'existence d'une obligation légale de consulter.

Troisième étape : Effectuer l'évaluation et l'analyse préliminaires, y compris l'évaluation de la solidité de la revendication

- ✓ Semble-t-il qu'un ou plusieurs groupes autochtones aient occupé à long terme un secteur, ou en ait fait une utilisation qui repose sur des droits, et pourraient être affectés par l'activité ou le projet proposé?
- ✓ Le projet ou l'activité doit-il se dérouler dans un cadre rural ou urbain? L'utilisation actuelle des terres sera-t-elle modifiée?



- ✓ L'activité ou le projet proposé ont-ils une incidence sur les territoires ancestraux?
- ✓ Y a-t-il des cimetières, des territoires traditionnels ou des réserves dans la région faisant l'objet de revendications?
- ✓ Y a-t-il des faits sur lesquels un argument voulant qu'il y ait eu extinction de droits pourrait être fondé (traités, lois, extinction de droits par la Couronne, etc.)?
- Comme mentionné dans la partie A, des cartes et d'autres sources d'information sur les traités et les revendications territoriales globales sont disponibles à l'adresse suivante : http://cccm.nrcan.gc.ca/francais/comprehensive_claims_f.asp. Elles sont aussi disponibles au Bureau des cartes du Canada, Ressources naturelles Canada.
- Le site Web d'AINC (http://www.aboriginalcanada.gc.ca/acp/community/site.nsf/index_fr.html) contient aussi une base de données sur toutes les collectivités autochtones au Canada, y compris leurs coordonnées à jour.
- (2) *Déterminer les effets préjudiciables que chaque option de mise en œuvre est susceptible d'avoir sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels.*
- ✓ Quels sont les effets préjudiciables potentiels de l'activité ou du projet proposé sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels (c'est-à-dire droits de chasse, de pêche, de piégeage et de cueillette)?
- ✓ Quels sont les effets préjudiciables potentiels de la proximité de l'activité ou du projet proposé avec des terres sur lesquelles des droits ancestraux ou issus de traités sont revendiqués par un groupe autochtone ou sur lesquelles un groupe autochtone revendique un intérêt aux termes d'une revendication particulière ou globale, d'une entente sur l'autonomie gouvernementale ou dans le cadre du processus de la Commission des traités de la Colombie Britannique?
- (NOTE : Lorsqu'un projet ou une activité serait dans un réserve ou l'affecterait, les obligations de la Couronne s'étendent à plus que l'obligation de consulter et il est recommandé de consulter un conseiller juridique.)
- ✓ Quels sont les effets préjudiciables potentiels de l'activité ou du projet proposé en ce qui concerne des sites archéologiques, des cimetières autochtones ou d'autres sites intéressant les Autochtones qui ont une revendication crédible d'un droit découlant de l'article 35?
- ✓ Y a-t-il des préoccupations à l'égard des effets cumulatifs de l'activité ou du projet proposé et de ceux d'autres activités dans la même région ou dans les alentours?

Voici quelques questions à prendre en considération lorsque l'on prépare et recueille ces renseignements :

(1) *Trouver des renseignements précis sur les groupes autochtones et les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, qui pourraient être touchés par l'activité ou le projet proposé.*

✓ Quelles collectivités autochtones pourraient être touchées par l'activité ou le projet proposé?

✓ Quelle connaissance concrète ou par imputation a-t-on de l'existence de droits potentiels ou établis, et quelles collectivités revendiquent ou détiennent ces droits?

✓ Sources potentielles d'information :

1) Bases de données internes de sources du gouvernement⁸ (c'est-à-dire les traités historiques et contemporains; la correspondance à l'intention de fonctionnaires du gouvernement; les dossiers des revendications particulières; les processus de règlement des revendications territoriales globales; la Commission des traités de la Colombie-Britannique; les revendications faisant l'objet d'un litige; les intérêts des Métis et des Indiens non inscrits – Bureau de l'interlocuteur fédéral; les connaissances que possède le fonctionnaire d'autres ministères ou organismes concernés par l'application de la réglementation de l'utilisation des terres et des ressources – Pêches et Océans Canada, Parcs Canada, Environnement Canada, Ressources naturelles Canada, Défense nationale, etc.).

2) Renseignements publics – droits revendiqués devant des tribunaux, renseignements publiés dans des sites Web publics, déclarations publiques, etc.

✓ Quels sont les fondements de ces droits établis ou potentiels?

✓ Les droits sont-ils fondés sur des droits issus de traités historiques ou contemporains ou sur des droits ou titres ancestraux?

✓ Est-ce que plus d'un groupe autochtone revendique les droits (c'est-à-dire, s'agit-il d'une revendication concernant des territoires corévoqués)? Si oui, quels sont les droits revendiqués et quels sont les territoires concernés?

✓ Quels « autres » processus de consultation connus sont déjà en place pour traiter de l'activité ou du projet proposé (c'est-à-dire, consultations

environnementales et réglementaires, tribunes publiques, etc.)?

✓ Les peuples autochtones dans la région ont-ils exprimé des préoccupations à l'égard de l'activité ou du projet proposé ou d'activités semblables (passées ou présentes)?

Parmi les questions à considérer, notons les suivantes :

- ✓ Quelle est la nature de l'activité ou du projet proposé?
- ✓ Quel est le but de l'activité ou du projet?
- ✓ Que comporte l'élaboration du projet ou de l'activité?
- ✓ De quel ministère, organisme, société d'État, autorité, commission, comité de révision ou autre organisme fédéral relève la réalisation de l'activité ou du projet en question ou son autorisation?
- ✓ Y a-t-il plus d'un organisme fédéral concerné?
- ✓ Y a-t-il des sociétés, des gouvernements provinciaux ou territoriaux ou des tiers qui pourraient aussi être concernés?
- ✓ Y a-t-il des lois, des règlements, des ententes ou des protocoles qui s'appliquent à la consultation des groupes autochtones?
- ✓ Quel est le mandat ou l'étendue des pouvoirs des organismes de qui relèvent le projet ou l'activité ou son autorisation? Y en a-t-il d'autres qui devraient intervenir?
- ✓ Quels genres de décisions doivent être prises relativement au projet ou à l'activité en question?
- ✓ Quel est l'emplacement ou l'application géographique du projet ou de l'activité?
- ✓ Quelles sont les incidences potentielles du projet ou de l'activité sur les terres ou les ressources naturelles (s'il y a lieu)? Une évaluation des incidences a-t-elle été faite?
- ✓ Des options ou des solutions de remplacement ont-elles été envisagées dans le cadre du projet ou de l'activité proposé?

Deuxième étape : Faire des recherches préliminaires sur les groupes autochtones dans la région et déterminer les droits, potentiels ou établis, qui pourraient exister en vertu de l'article 35, ainsi que les effets potentiellement préjudiciables de l'activité ou du projet proposé

Le ministère ou l'organisme fédéral doit recueillir suffisamment d'information pour faire une évaluation préliminaire des droits, potentiels ou établis, en vertu de l'article 35 qui sont en cause (c'est-à-dire droits de chasse, droits de pêche, droits à l'autonomie gouvernementale, droits culturels, etc.), et déterminer si la revendication est crédible et si l'activité ou le projet sont susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur ces droits. Cette information lui permettra d'évaluer (voir la troisième étape), en consultation avec le ministère de la Justice, s'il y a obligation légale de consulter.

Première phase : Analyse et planification préliminaires

Afin de déterminer s'il y a obligation légale de consulter, l'étendue et le contenu de l'obligation, ainsi que le déroulement du processus de consultation, le ministère ou l'organisme concerné doit recueillir des faits et des renseignements le plus tôt possible pour permettre une analyse et une évaluation préliminaires de l'existence de droits, établis ou potentiels, en vertu de l'article 35 et des effets préjudiciables potentiels du projet ou de l'activité proposé. Cela signifie recueillir de l'information sur :

- l'activité ou le projet proposé;
- des renseignements généraux et détaillés sur les groupes autochtones qui habitent dans la région;
- l'utilisation actuelle et passée des terres de la région;
- des indicateurs de l'existence de droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels;
- des indicateurs que les droits ont été éteints avant 1982 ou que les modes d'utilisation des terres n'ont pas été maintenus;
- les intérêts ou les préoccupations à l'égard de l'activité ou du projet proposé;
- les effets préjudiciables potentiels sur les droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, résultant des différentes options de mise en œuvre.

Après avoir recueilli ces renseignements, il faut travailler de concert avec l'avocat du ministère de la Justice pour effectuer l'évaluation préliminaire des droits, potentiels ou établis, aux termes de l'article 35 et des effets préjudiciables potentiels de l'activité ou du projet proposé sur ces droits afin de déterminer s'il y a obligation légale de consulter. Le cas échéant, le ministère de la Justice peut aider à déterminer l'étendue (le degré) de l'obligation. Les aspects précis de cette approche sont décrits en détail ci-dessous.

Première étape : Décrire l'activité ou le projet proposé

La première étape consiste à décrire l'activité ou le projet envisagés et à déterminer quelle entité de la Couronne est responsable de sa réalisation ou de son autorisation. Il peut être utile d'énumérer les ministères et organismes fédéraux qui pourraient être concernés, les décisions qui relèvent d'eux, ainsi que les échéanciers qui pourraient s'appliquer.

gouvernements sont concernés, les phases devraient être réalisées en collaboration pour gagner en efficacité.

Première phase : Analyse et planification préliminaires

1. Décrire et planifier l'activité ou le projet proposé.
2. Faire des recherches préliminaires sur les groupes autochtones dans la région et leurs droits potentiels ou établis, ainsi que déterminer les effets potentiellement préjudiciables de l'activité ou du projet proposé.
3. Effectuer l'évaluation et l'analyse préliminaires, y compris l'évaluation de la solidité de la revendication.
4. Déterminer la gravité potentielle des effets préjudiciables de l'activité ou du projet proposé sur les droits, potentiels ou établis, aux termes de l'article 35.
5. Si une obligation légale de consulter semble exister, déterminer le contenu de l'obligation (les étapes et le contenu préliminaires du processus de consultation).

Deuxième phase : Processus de consultation de la Couronne

1. Entreprendre le processus de consultation.

Troisième phase : Accommodement

1. Recueillir les renseignements généraux qui justifient l'accommodement.
2. Examiner et déterminer la ou les options d'accommodement.
3. Choisir la ou les options d'accommodement.
4. Documenter et communiquer la ou les décisions.

Quatrième phase : Mise en œuvre, surveillance et suivi

1. Mettre en œuvre la ou les décisions.
2. Surveiller la mise en œuvre.
3. Assurer le suivi.

INFORMATIONS À L'INTENTION DE CEUX QUI TIENNENT LES CONSULTATIONS

La présente partie présente les étapes recommandées pour entreprendre un processus de consultation conformément à l'obligation légale de la Couronne de consulter les peuples autochtones. Plus particulièrement, les tribunaux ont conclu que l'obligation de consultation prend naissance lorsque la Couronne (fédérale, provinciale ou territoriale) a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un droit ou titre ancestral ou d'un droit issu de traité, établi ou potentiel, et qu'elle envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit.

Différents types de mesures envisagées par la Couronne peuvent rendre applicable l'obligation de consulter, et les étapes, les conseils et les facteurs applicables décrits ci-dessous en tiennent compte. Il peut être question d'une initiative entreprise par un ministère ou un organisme fédéral (p. ex. la gestion ou l'aliénation de terres publiques, un projet de construction, une modification de l'utilisation des terres, etc.) ou l'approbation ou l'autorisation par un gouvernement d'une activité proposée par un tiers (la délivrance d'une licence, d'un permis ou d'une autorisation pour l'utilisation de terres ou de ressources). La méthode de consultation variera nécessairement selon le contexte. La même méthode fondamentale pourrait aussi être adéquate dans le cas de consultations stratégiques ou pour appliquer des principes de saine gestion.

LE PROCESSUS DE CONSULTATION DE LA COURONNE

Introduction

Selon les circonstances, un processus de consultation auprès de groupes autochtones peut comporter jusqu'à quatre phases :

- (a) Analyse et planification préliminaires
- (b) Processus de consultation
- (c) Accommodement
- (d) Mise en œuvre, surveillance et suivi

Les sections suivantes portent sur chacune des phases du processus de consultation et présentent des conseils sur les dispositions à prendre au cours de chacune d'elles. Lorsque plus d'un ministère ou organisme fédéral est concerné, ou lorsque d'autres

PARTIE C

CONSULTATION ET ACCOMMODEMENT DES PEUPLES AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires
afin de remplir l'obligation
légale de consulter

INFORMATIONS À L'INTENTION
DE CEUX QUI TIENNENT
LES CONSULTATIONS

aux lois et coutumes européennes. La Cour a conclu que le mot « Métis » à l'article 35 ne vise pas toutes les personnes d'ascendance mixte indienne et européenne, mais plutôt les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits, d'une part, et de leurs ancêtres européens, d'autre part. La Cour n'a pas établi une définition exhaustive de l'identité métisse aux fins de présentation des revendications fondées sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais elle a retenu trois facteurs principaux comme indices tendant à établir l'identité métisse, à savoir l'auto-identification, les liens ancestraux et l'acceptation par la communauté.



ancestraux de pêche commerciale, il n'y a pas de restriction interne à ce droit. À ce titre, le critère de justification défini dans l'arrêt *R. c. Sparrow* a dû être affiné pour les droits ancestraux de pêche commerciale. Il faut tenir compte d'autres considérations, outre les objectifs de conservation de la ressource, pour décider si les restrictions à un droit imposées par le gouvernement sont justifiées. Des objectifs comme la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional, ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones participent à l'exploitation des ressources halieutiques, sont des objectifs pertinents à l'analyse de cette justification. Il faut donner la primauté aux droits ancestraux, mais il faut que ces droits soient compatibles avec d'autres droits et intérêts. La cause a été renvoyée en première instance pour que soit décidé si la réglementation des droits ancestraux de pêche commerciale de l'accusé était justifiée.

R. c. Powley, 2003 CSC 43

Les inculpés ont été accusés d'avoir chassé illégalement l'orignal et d'avoir eu en leur possession du gibier en contravention de l'article 46 et du paragraphe 47(1) de la *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario. L'enjeu central était de déterminer si deux personnes de la région de Sault Ste. Marie, qui s'identifiaient comme membres de la communauté métisse, peuvent revendiquer le droit ancestral des Métis de chasser comme un droit protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour suprême du Canada a statué que la loi contestée était sans effet à l'égard des intimes puisque, en tant que membres de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville, ils possèdent un droit ancestral de chasser pour se nourrir, garanti par le paragraphe 35(1). La Cour a conclu que le fait de ne pas reconnaître aux Métis le droit de chasser pour se nourrir, dans la loi en question, porte atteinte au droit ancestral des Métis et que la conservation de la faune n'était pas une considération qui justifiait cette atteinte. La Cour a statué que, pour étayer l'existence d'un droit ancestral rattaché à un lieu précis, le demandeur doit démontrer qu'il appartient à une communauté métisse identifiable et possédant un degré de continuité et de stabilité suffisant, en faisant la preuve que le groupe concerné partage des coutumes, des traditions et une identité collective et en apportant des données démographiques pertinentes.

La Cour a adapté l'élément d'antériorité au contact avec les Européens prévu par le critère établi dans l'arrêt *R. c. Van der Peet* pour tenir compte de l'histoire distincte des Métis et de leur ethnogenèse qui est postérieure au contact. Le critère applicable aux Métis doit permettre de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante du mode de vie distinctif de la communauté métisse et de ses rapports avec le territoire dans la période qui a suivi la naissance de la communauté métisse et qui a précédé son assujettissement

Critères relatifs au titre ancestral

Delgamuukw c. British Columbia, [1997] 3 R.C.S. 1010

Les chefs héréditaires Gitksan et Wet'suwet'en ont intenté des poursuites revendiquant un titre ancestral et le droit inhérent de se gouverner sur un territoire de près de 57 000 kilomètres carrés de la Colombie-Britannique. La Cour suprême du Canada a statué que, en raison des difficultés de preuve, il était nécessaire de tenir un nouveau procès afin de déterminer si les demandeurs détenaient le titre ancestral et les droits à l'autonomie gouvernementale qu'ils revendiquent. Bien que la Cour n'ait pas donné d'indication relative à la question du droit à l'autonomie gouvernementale, elle a fait des déclarations générales sur l'étendue et le contenu du titre ancestral. Essentiellement, si un groupe autochtone peut faire la preuve d'une occupation exclusive, à l'affirmation de la souveraineté, et qu'un lien substantiel entre le peuple et le territoire en question a été maintenu, il détient des droits collectifs exclusifs d'utiliser et d'occuper les terres. Il peut utiliser les terres à des fins infiniment variées, y compris l'exploitation économique. Toutefois, il ne peut pas disposer des terres sans les céder à la Couronne, et il ne peut pas les utiliser d'une manière qui anéantit le lien spécial entre ce groupe et les terres visées.

La Cour a aussi statué qu'un titre ancestral d'un groupe autochtone peut être réglementé par la Couronne tant au niveau fédéral que provincial. Elle a rejeté la demande reconventionnelle de la province voulant qu'elle ait compétence pour éteindre des droits ancestraux en statuant que, depuis la Confédération, seule la Couronne fédérale a cette compétence.

Critères relatifs aux droits ancestraux

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. NTC Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672

Ces affaires soulevaient la question de savoir si l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* inclut le droit de pêche commerciale dans la notion de droit ancestral. Dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, la Cour a décrit les critères lui permettant de définir les droits ancestraux protégés en vertu de l'article 35. Essentiellement, un groupe autochtone doit établir qu'à l'époque des premiers contacts avec les Européens, l'activité particulière invoquée comme constituant un droit ancestral était une pratique, coutume ou tradition qui faisait partie intégrante de la culture distincte de la société.

En appliquant ce critère aux faits relatifs aux causes, la Cour a statué que l'accusé dans la cause *R. c. Gladstone* avait fait valoir un droit de pêche commerciale ancestral. Toutefois, la Cour a aussi indiqué que, dans le contexte des droits

Interprétation et application de l'obligation de consulter par les tribunaux inférieurs

Depuis les arrêts faisant autorité rendus par la Cour suprême et décrits ci-dessus, les tribunaux inférieurs ont évalué et appliqué l'obligation de consultation à diverses sortes de conduites de la Couronne et relativement à de nombreux droits ancestraux et issus de traités différents. Pour une liste de ces décisions et de plus amples détails, veuillez communiquer avec votre conseiller juridique.

2. *Critères juridiques permettant de déterminer l'existence de droits ancestraux ou issus de traités et de l'atteinte à ces droits.*

Interprétation du paragraphe 35(1) : Critères permettant de justifier l'atteinte par la Couronne à un droit prévu au paragraphe 35(1)

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075

Monsieur Sparrow a été poursuivi en justice par le procureur général du Canada en vertu de la *Loi sur les pêcheries* parce qu'il avait pêché en violation des conditions du permis de pêche de sa bande indienne. La Cour suprême du Canada a statué que monsieur Sparrow détenait un droit ancestral de pêcher pour se nourrir, protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon la Cour, la Couronne doit faire état d'une intention « claire et expresse » de mettre fin à un droit ancestral. En l'espèce, la preuve de la Couronne n'a pas satisfait au critère applicable.

La Cour a aussi conclu qu'il y a des rapports de nature fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones, fondés sur la nécessité pour la Couronne d'agir honorablement. Par conséquent, l'article 35 doit être interprété d'une manière compatible avec ces rapports. La Cour a imposé à la Couronne l'obligation de justifier toute mesure qui porte atteinte à un droit ancestral protégé par l'article 35.

Voir aussi *R. c. Badger*, dans lequel la Cour a statué que les critères justifiant une atteinte à des droits ancestraux, établis dans *R. c. Sparrow*, s'appliquent aux droits issus de traités.



La Cour suprême du Canada a accueilli le pourvoi de la Première nation et annulé la décision de la ministre d'autoriser la construction d'une route d'hiver qui devait traverser le parc national Wood Buffalo et lui a renvoyé le dossier pour qu'elle tienne des consultations et qu'elle en poursuive l'examen. La Cour a statué que l'obligation de consultation qui découle du principe de l'honneur de la Couronne, ainsi que de l'obligation de respecter les droits issus de traités existants des peuples autochtones, ont été violées parce qu'aucune consultation adéquate n'a été tenue avant l'approbation par la Ministre de construire la route. La Cour a affirmé que lorsque la Couronne exerce son droit issu du Traité no 8 de « prendre » des terres, il n'est pas indiqué de passer directement à une analyse de la justification fondée sur l'arrêt *Sparrow* même si on a conclu que la mesure envisagée, si elle était mise en œuvre, porterait atteinte à un droit issu du traité de la Première nation. La Cour a affirmé que la Couronne doit d'abord examiner le processus de la « prise » de terres et se demander s'il est compatible avec l'honneur de la Couronne.

La question dans chaque cas consiste à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur les droits des peuples autochtones de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. En l'espèce, la Cour a statué que l'obligation de consultation était déclenchée parce que les effets de la route proposée étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l'exercice ininterrompu des droits de chasse et de piégeage des Cris Mikisew sur les terres en question. La Cour a statué que le contenu de l'obligation de la Couronne en l'espèce se situe plutôt au bas du continuum puisque la route proposée est peu importante et située sur des terres cédées où les droits issus du traité des Cris Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise » du Traité n° 8.

En ce qui concerne le contenu de l'obligation de consulter, la Cour a conclu que la Couronne devait aviser les Cris Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux. Ce dialogue aurait dû comporter la communication de renseignements au sujet du projet, traiter des intérêts des Cris Mikisew, connus de la Couronne, et de l'effet préjudiciable que le projet, pourrait avoir, selon elle, sur ces intérêts. La Couronne aurait aussi dû demander aux Cris Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage. La Cour a confirmé que le processus de consultation, s'il avait suivi son cours, n'aurait pas conféré aux Cris Mikisew un droit de veto sur le tracé de la route. Elle a réaffirmé que la consultation n'entraîne pas toujours un accommodement, et que l'accommodement ne se traduit pas toujours par une entente.

revendication soit établie de façon définitive, et n'impose pas l'obligation de se mettre d'accord. La Cour a aussi affirmé que la Couronne peut déléguer certains aspects procéduraux de la consultation à des acteurs industriels qui proposent des activités d'exploitation, mais que la responsabilité juridique en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe en dernier ressort à la Couronne. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne ne peut pas être délégué.

Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (directeur d'évaluation de projet), 2004, CSC 74.

La Cour suprême du Canada, en appliquant son analyse dans l'arrêt *Nation Haida c. Colombie-Britannique* (ministre des Forêts) [2004] CSC 73, publié en même temps que le présent arrêt, a accueilli le pourvoi de la province et statué qu'elle s'était acquittée de son obligation de consultation de la Première nation et de l'accommodement de ses préoccupations en engageant le processus en vertu de l'*Environnemental Assessment Act*. La question était de savoir si la Couronne avait une obligation de consulter avant d'approuver la réouverture d'une mine et la construction d'une route d'accès à la mine qui traverserait un territoire que revendique la Première nation, mais dont les revendications de droits ancestraux et de titres ne sont pas encore prouvées. Dans l'affaire *Nation Haida*, la Cour a confirmé l'existence de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones avant qu'elle n'ait été tranchée une revendication de droits ou de titres. La Cour a conclu qu'en l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter parce que la province était au courant des revendications en raison de la participation de la Première nation au processus de négociation de traités, et elle savait que la décision de rouvrir la mine et de construire une route d'accès pouvait avoir un effet préjudiciable sur le fond des revendications de la Première nation.

La Cour a conclu que la Couronne s'était acquittée de son obligation de consultation du fait que la Première nation faisait partie du comité d'examen du projet et qu'elle a participé à part entière à l'examen environnemental, que ses vues ont été exposées aux ministres et que le certificat d'approbation du projet final contenait des mesures visant à répondre à ses préoccupations, à court comme à long terme. La Cour a aussi affirmé que la province n'avait pas l'obligation de se mettre d'accord avec la Première nation et le fait qu'elle n'y soit pas parvenue ne constitue pas un manquement à son obligation de mener des consultations de bonne foi. La Cour a aussi confirmé que le principe de l'honneur de la Couronne ne peut recevoir une interprétation étroite ou formaliste, mais qu'il faut lui donner plein effet afin de promouvoir le processus de conciliation prescrit par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Résumés de causes

1. *Obligation de consulter*

Arrêts de la Cour suprême du Canada faisant autorité

Nation Haïda c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts), [2004] CSC 73.

La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi de la province et a accueilli le pourvoi de Weyerhaeuser Company Ltd. Elle a statué que la province avait l'obligation légale de consulter les Haïdas avant de prendre des décisions concernant l'exploitation des forêts dans une région des îles de la Reine-Charlotte sur laquelle les Haïdas revendiquent des titres et des droits ancestraux, mais qu'ils n'ont pas encore prouvés. La Cour a déclaré que des consultations menées de bonne foi peuvent faire naître l'obligation d'accommodement des préoccupations des Haïdas concernant la récolte de bois, mais qu'il était impossible pour le moment de préciser le genre d'accommodement qui s'imposait, à supposer qu'une telle mesure soit requise. La Cour a aussi conclu que la province ne s'était pas acquittée de son obligation de procéder à une véritable consultation. Elle a aussi conclu que Weyerhaeuser n'avait aucune obligation de consulter ou d'accommoder les Haïdas. Elle a statué que l'obligation de consulter ne visait pas les tiers.

La Cour a affirmé que l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et d'accommoder leurs intérêts repose sur le principe de l'honneur de la Couronne, qui découle de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne face à l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. L'obligation de consultation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et qu'elle envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou titre. L'étendue de l'obligation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre. Pour ce qui est du contenu de l'obligation, la Cour a déclaré qu'à toutes les étapes, les deux parties sont tenues de faire montre de bonne foi et que les manœuvres malhonnêtes sont interdites. Des consultations menées de bonne foi peuvent donc permettre de découvrir une obligation d'accommoder. La Cour a affirmé que ce processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la

n'ont jamais fait l'objet de traités ou d'autres dispositions. Les négociations relatives aux revendications territoriales globales traitent des questions soulevées par les peuples autochtones, par les gouvernements et par les tierces parties au sujet du droit juridique de posséder ou d'utiliser des terres et des ressources dans les secteurs faisant l'objet d'une revendication.

Sous toutes réserves ou non sous toutes réserves : Décrit les communications

écrites ou verbales. La présentation d'une communication « sous toute réserve » signifie que la partie ne renonce pas à son droit de non-divulgaration de la communication. On peut aussi désigner ce genre de communications comme étant « officieuse ». Le terme est souvent utilisé durant des négociations et des procès. Il faut demander des conseils à l'avocat lorsqu'une demande de discussion sous toutes réserves ou officieuse est présentée.

Dans le contexte d'une consultation, si des ententes ou des protocoles sont conclus dans le but de remplir les obligations de la Couronne, comme dans les affaires *Nation Haida, Première nation Tlingit de Taku River, Première nation cri* *Mikisew et Sparrow*, il est recommandé que l'entente soit « non sous toutes réserves ». Cela signifie que la Couronne peut utiliser la documentation devant les tribunaux comme preuve qu'elle a rempli son obligation de consulter et que le groupe autochtone peut utiliser la documentation par rapport à ses positions juridiques. Des communications de cette sorte peuvent être désignées comme étant « officielles ».

Titre ancestral : Droit ancestral d'utilisation et d'occupation exclusives de terres. Il est possible que deux groupes autochtones ou plus puissent démontrer détenir un titre ancestral sur les mêmes terres.

traités est fonction de leur libellé, lequel doit être interprété conformément aux principes énoncés par la Cour suprême du Canada (*Badger* 1996, *Sundown* 1999 et *Marshall* 1999).

Lorsque les parties ne s'entendent pas sur l'étendue des obligations ou sur les droits qui sont prévus, de nombreux principes d'interprétation des traités s'appliquent. Par exemple, les traités doivent recevoir une interprétation libérale et toute ambiguïté doit profiter aux signataires dans le contexte des traités historiques; l'interprétation des traités a pour objet de déterminer l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l'époque de la signature; l'intégrité et l'honneur de la Couronne sont présupposés; les tribunaux ne peuvent modifier les conditions d'un traité; les droits issus de traités ne doivent pas être interprétés de façon statique ou rigide, et les tribunaux doivent les interpréter de manière à permettre leur exercice dans le monde moderne (*Marshall* 1999; 2005).

Groupe autochtone : Une collectivité inuite, métisse ou de Premières nations qui jouit ou pourrait jouir de droits ancestraux ou issus de traités en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Inuit : Autochtone du Nord canadien qui vit au Nunavut, dans les Territoires du Nord-Ouest, dans le Nord québécois et le Nord du Labrador. Dans la langue inuite, l'inuktitut, le mot « inuit » signifie « peuple », tandis que « Inuk » désigne l'individu.

Métis : Aux fins des droits conférés par l'article 35, le terme « Métis » désigne les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte (indienne ou inuite et européenne), possèdent leurs propres coutumes et une identité collective reconnaissable et distincte de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits d'une part, et européens d'autre part. Une collectivité métisse doit avoir une identité collective distincte, et ses membres doivent vivre ensemble dans la même région et partager un mode de vie commun.

Première nation : Terme entré dans l'usage au cours des années 1970 pour remplacer le mot « Indien » que des personnes jugeaient offensant. Même si le terme « Première nation » est largement répandu, il n'existe aucune définition légale. Entre autres choses, les « membres des Premières nations » désignent les Indiens inscrits et non inscrits du Canada. Certaines collectivités ont aussi adopté le terme « Première nation » pour remplacer le mot « bande » dans leur nom.

Revendication territoriale globale : Une revendication territoriale globale porte sur l'affirmation de l'existence de droits ancestraux et de titres sur les terres qui



Droits issus de traités : Droits définis dans un traité historique, droits exposés dans un accord contemporain sur des revendications territoriales, ou certains aspects de quelques ententes d'autonomie gouvernementale. Généralement, les traités (historiques et contemporains) se caractérisent par l'intention de créer des obligations mutuellement exécutives qui seraient solennellement respectées (Simon, Sioui). Un droit issu d'un traité peut être désigné dans une clause explicite d'un traité, dans une clause implicite, ou être une pratique raisonnablement accessible à l'exercice du droit issu d'un traité. L'étendue des droits issus de

constitutionnelle de 1982).

Droits conférés par l'article 35 : Droits ancestraux existants, incluant le titre ancestral, et droits issus de traités existants (conférés par l'article 35 de la *Loi*

Droits ancestraux : Pratiques, traditions et coutumes qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone revendiquant le droit qui existait avant l'arrivée des Européens (*Van der Peet*). Dans le cas des Métis, les « droits ancestraux » sont des droits découlant de pratiques, de traditions et de coutumes qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe métis avant le contrôle effectif des Européens, c'est-à-dire avant que les Européens imposent leur domination politique et juridique dans la région revendiquée (*Powley*). En règle générale, ces droits dépendent des faits et du lieu.

Couronne : Ce terme désigne tous les ministères (des gouvernements fédéral et provinciaux) et organismes d'État et tous les fonctionnaires qui exécutent les fonctions du gouvernement. L'obligation de consulter est un acte administratif qui relève du gouvernement dans son ensemble. Dans les arrêts *Nation Haida* et *Première nation Tlingit de Taku River*, la Cour suprême du Canada a statué que les gouvernements fédéral et provinciaux ont une obligation légale de consulter lorsqu'ils envisagent des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels.

considère comme les préoccupations des Autochtones, sans consultation. de consulter si elle prend des décisions unilatérales pour répondre à ce qu'elle *Mikisew*, la Cour a confirmé que la Couronne ne remplit pas son obligation légale que le groupe autochtone a eu sur la décision. Dans l'affaire *Première nation cri* préoccupations des Autochtones ont été prises en considération; et révéler l'impact officielle au processus décisionnel; fournir des motifs écrits pour montrer que les à : fournir l'occasion de faire des observations; permettre une participation les effets préjudiciables potentiels sont importants, la consultation peut consister potentiels. Lorsque la revendication est solide ou que les droits sont établis et que envisagées et leurs effets sur leurs droits ancestraux ou issus de traités, établis ou

Définitions

Capacité : L'aptitude d'une personne à comprendre la nature et la portée de ses actes. Dans ce contexte, l'aptitude des groupes autochtones à comprendre la nature de l'activité ou du projet envisagées par la Couronne et les effets qu'ils pourraient avoir sur les droits qu'ils pourraient détenir.

Common law : En général, des règles de droit qui s'élaborent au moyen de décisions judiciaires, à la différence de textes législatifs, concernant la gouvernance et la sécurité des personnes et de la propriété.

Conduite de la Couronne : Toute activité ou entreprise ou tout projet mené par le gouvernement fédéral dans l'exercice de ses compétences ou pouvoirs. Le gouvernement fédéral peut être responsable du projet ou l'approuver par la délivrance de permis et d'autorisations. Dans les deux cas, ces actions constituent la conduite de la Couronne.

Connaissance de la Couronne : La Cour suprême du Canada a statué que l'obligation légale de consulter prend naissance lorsque la Couronne a connaissance (voir la définition ci-dessous), « concrètement ou par imputation », de l'existence potentielle ou établie de droits garantis par l'article 35 et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ceux-ci. Par conséquent, la première étape visant à évaluer l'existence d'une obligation légale de consulter dans un cas particulier consiste à évaluer si la Couronne a cette connaissance. Si la Couronne n'a pas connaissance de l'existence potentielle de droits, il n'y a pas d'obligation légale de consulter.

Connaissance par interprétation : *Le Black's Law Dictionary* (8^e édition) propose la définition suivante : [traduction] « Connaissance qu'une personne faisant preuve de diligence raisonnable devrait avoir et que la loi confère par conséquent à une personne donnée ». Donc, si la Couronne envisage une activité, elle doit se renseigner sur l'existence de droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, sur lesquels l'activité pourrait avoir des effets préjudiciables.

Consultation véritable : Une consultation dépend des circonstances, mais elle doit toujours être véritable. Au minimum, elle consiste à aviser en temps opportun les groupes autochtones concernés des mesures envisagées par la Couronne et à leur transmettre des renseignements objectifs pour les aider à comprendre les mesures

Tenue de consultations – liste de vérification des « règles élémentaires »

- Veiller à ce que les principes directeurs soient respectés (voir la partie A).
- Confirmer que les points de décision normatifs ou obligatoires du processus sont atteints afin d'obtenir des résultats.
- Veiller à ce que la documentation pertinente relative au processus soit conservée.
- Intégrer des mesures visant à évaluer les progrès réalisés et l'efficacité du processus s'il y a lieu (c'est à dire les leçons retenues).

- Au cours de la consultation, l'avocat pourrait être appelé à remplir les fonctions suivantes :
 - Vérifier que la méthode proposée, ainsi que les déclarations d'intention et engagements prévus du gouvernement, sont raisonnables et appropriés d'un point de vue juridique.
 - Effectuer une évaluation de la solidité de la revendication pour aider à déterminer l'étendue de la consultation et de l'accommodement potentiel qui pourraient être requis.
 - Discuter de la divulgation de documents et de la création d'un dossier sur le processus de consultation.
 - Lors de l'étape finale de la consultation, discuter de la documentation que le ministère ou l'organisme devrait conserver dans le dossier officiel, y compris les décisions ou les engagements officiels pertinents provenant de l'une ou de toutes les parties concernées.
- Après la consultation et la mise en œuvre en cours ou achevée d'un projet, pour réaliser efficacement le plan d'accommodement, s'il y a lieu, il faudra que le ministère ou l'organisme en fasse de temps en temps un examen et apporte des ajustements si les circonstances changent.

- Le ministère de la Justice n'est pas responsable de mener les consultations, mais il est important de faire participer l'avocat affecté à votre ministère ou organisme tout au long du processus de consultation afin de s'assurer que les obligations légales de consultation qui s'imposent et qui sont en jeu sont reconnues et que les processus de consultation qui sont mis en place rempliront les obligations légales. Le ministère de la Justice joue un rôle de soutien important au sein des ministères et des organismes relativement aux choix et aux options stratégiques, surtout en ce qui concerne l'uniformité à l'échelle du gouvernement. En particulier, il faudrait faire appel à l'avocat du ministère de la Justice dans les cas suivants :
- Dans le contexte d'une activité gouvernementale prévue, l'avocat peut aider à déterminer si le gouvernement a une obligation légale de consulter, quand cette obligation pourrait s'appliquer, et l'étendue de l'obligation. On peut aussi consulter l'avocat dans des situations où il a déjà été déterminé qu'un ministère ou un organisme fédéral doit consulter des groupes autochtones pour des raisons de politique publique ou de relations ou pour d'autres motifs (cela permettrait d'effectuer une évaluation afin de s'assurer qu'une obligation légale qui n'existe pas ne soit pas sous-entendue).
- Après que les faits essentiels ont été établis par le ministère/organisme fédéral, informer l'avocat de votre ministère ou organisme de la méthode de consultation adoptée pour qu'il puisse déterminer si elle est raisonnable en ce qui concerne la réalisation de l'obligation légale de consulter.

Participation de l'avocat du ministère de la Justice au processus de consultation

- Il convient de noter que l'avocat du ministère de la Justice est disposé à participer et à contribuer aux séances de formation sur la consultation.
- établir les bases de l'élaboration de méthodes, d'analyses et de pratiques communes.
 - donner l'occasion de mettre en commun des expériences et des informations sur des méthodes et des outils pratiques;
 - informer le personnel des attentes précises;
 - déterminer les conséquences précises pour le ministère ou l'organisme;

- La formation est d'une importance cruciale pour assurer une compréhension cohérente de l'obligation de consulter et de son exécution. Elle contribuera à :
 - améliorer la sensibilisation à l'obligation légale de consultation, ainsi que la compréhension de ce qu'elle comporte;
 - favoriser la compréhension des rôles et des responsabilités de toutes les parties concernées par le processus de consultation;

Considérations relatives à la formation

- Au cours de cette phase de planification, on peut consulter les lignes directrices sur les dépenses du Secrétariat du Conseil du Trésor, ainsi que les politiques, les pratiques et les guides propres au ministère ou à l'organisme.
- la planification relative à l'utilisation des terres, à l'utilisation traditionnelle ou à des ressources ciblées.
 - la recherche et le développement,
 - les communications,
 - la formation,
 - la rédaction de rapports,
 - les voyages et l'hébergement,
 - la participation à des réunions,
 - l'échange de renseignements et la sensibilisation,
- Par exemple, on pourrait appuyer :

Faciliter leur participation au processus de consultation.

Favorable une aide gouvernementale à l'intention des groupes autochtones afin de les résultats des prises de décisions et les tribunaux ont déjà considéré d'un œil et le processus raisonnable. La participation des Autochtones contribue à améliorer tribunaux ont indiqué, comme règle générale, que la consultation doit être efficace compte de l'incidence financière de la participation des groupes autochtones. Les saires à la consultation, les ministères ou organismes fédéraux devraient aussi tenir En calculant les besoins en matière de ressources financières et humaines néces-

- les communications,
- la formation,
- d'autres formes de soutien.

- Lors d'une activité ou un projet proposé peut avoir des répercussions sur les intérêts des Métis et des Indiens non inscrits, le Bureau de l'interlocuteur fédéral auprès des Métis et des Indiens non inscrits constitue un centre de ressources pour de l'information sur les intérêts des Métis et des Indiens non inscrits; il est disponible pour faciliter les échanges d'information comme suit :
 - le Bureau de l'interlocuteur fédéral devrait être informé par les ministères ou organismes de toutes les décisions visant à consulter des groupes de Métis ou d'Indiens non inscrits pour qu'il puisse les aider à assurer une plus grande uniformité des processus de consultation au sein du gouvernement fédéral;
 - le Bureau de l'interlocuteur fédéral peut fournir des conseils sur les communications avec les groupes de Métis et d'Indiens non inscrits lorsqu'un ministère ou un organisme décide qu'un processus de consultation est justifié.
- Considérations relatives aux ressources financières et humaines**
- Il faut dresser l'inventaire des ressources financières et humaines afin de déterminer comment le soutien nécessaire sera apporté aux initiatives de consultation. Par exemple, les ministères et organismes fédéraux doivent tenir compte des éléments suivants :
- la fréquence des activités liées à la consultation à l'intérieur du ministère et avec les groupes autochtones et d'autres tiers;
 - l'étendue potentielle de l'obligation légale de consultation et le processus de consultation proposé;
 - les dépenses ministérielles liées au processus de consultation proposé;
 - le pouvoir ministériel ou les programmes ou initiatives disponibles permettant de verser des fonds à des groupes autochtones, s'il y a lieu;
 - les possibilités de collaborer et de partager les coûts de la consultation avec d'autres ministères ou organismes fédéraux, avec des gouvernements provinciaux ou territoriaux, ou avec le secteur privé;
 - les possibilités de favoriser les regroupements de groupes autochtones (s'il n'en existe pas encore) afin de renforcer l'efficacité et de diminuer les coûts;
 - des besoins internes précis relativement à :
 - la capacité,
 - la planification et la recherche,
 - l'évaluation,
 - la gestion des dossiers,

- Déterminer les possibilités et les contraintes devant lesquelles le ministère ou l'organisme se trouve lorsqu'il mène des consultations, comme les ressources financières et humaines disponibles.
- Examiner les mandats et les pouvoirs du ministère ou de l'organisme par rapport à des ententes ou à des protocoles de consultation précis qui pourraient être conclus avec des groupes autochtones, ainsi que l'étendue d'éventuelles mesures d'accommodement.
- S'assurer que les mesures d'accommodement proposées sont examinées et approuvées par la haute direction du ministère ou de l'organisme.
- Clarifier les responsabilités et les rôles potentiels du personnel et de la direction du ministère ou de l'organisme, et instituer une procédure de gestion des dossiers.
- Identifier la personne ou l'entité qui possède le ou les pouvoirs de décision.
- Déterminer si d'autres ministères ou organismes gouvernementaux ont des obligations de consultation potentielles avec les mêmes groupes autochtones et instaurer des mécanismes de coordination appropriés.
- Identifier d'autres ministères ou organismes concernés qui devraient être tenus au courant de la consultation menée par votre ministère ou organisme.
- Examiner les relations actuelles du ministère ou de l'organisme avec des peuples, des groupes ou des organismes autochtones, et étudier les possibilités de mettre à profit et d'améliorer ces relations en vue de la consultation (p. ex., voir l'encadré ci-dessus sur le processus de consultation en Nouvelle-Écosse).
- Étudier la meilleure façon de consulter les groupes autochtones et de communiquer avec eux, en tenant compte des obstacles potentiels à la communication comme la langue et la culture.
- Examiner les options avec l'avocat du ministère ou de l'organisme afin de s'assurer que les procédures et les processus sont compatibles avec l'obligation légale de consultation.
- Déterminer si le Canada est engagé dans une poursuite judiciaire active avec le ou les groupes autochtones concernés. Le cas échéant, l'avocat du ministère de la Justice aidera à faire en sorte que la méthode de consultation adoptée ne porte pas préjudice aux positions et arguments juridiques du Canada.

II SE PRÉPARER AUX PROCESSUS DE CONSULTATION DE LA COURONNE

La présente section décrit sommairement la façon dont les gestionnaires des ministères et organismes fédéraux devraient préparer les consultations, ce qui comprend l'examen des besoins en matière de finances, de ressources humaines et de formation, et la nécessité de faire participer l'avocat du ministère de la Justice. Elle complète la partie C qui fournit un guide par étape à l'intention des intervenants qui auront à élaborer et à mettre en œuvre des processus de consultation de la Couronne sur le terrain. Les parties B et C sont des mesures provisoires visant à assurer la cohérence et l'efficacité des processus en attendant l'élaboration d'une politique fédérale sur la consultation et l'accommodement.

Préparation de votre ministère ou organisme à la consultation

Dans le cadre de son mandat, chaque ministère ou organisme fédéral a la responsabilité de s'acquitter de l'obligation légale de consulter les peuples autochtones. Certains ministères et organismes peuvent avoir déjà instauré des processus de consultation dans un objectif de saine gouvernance. Ils devraient les évaluer afin de s'assurer qu'ils respectent les normes requises pour remplir l'obligation de consultation prévue par la common law.

En Nouvelle-Écosse, un processus de consultation provincial a été élaboré dans le cadre d'un processus de négociation tripartite plus vaste concernant les droits ancestraux et issus de traités. Actuellement, les parties mettent en œuvre, pour une durée d'environ un an, le mandat d'un processus de consultation Mi'kmaq-Nouvelle-Écosse-Canada. Cet essai leur permettra de décider s'il faut modifier le mandat avant d'en approuver la version définitive. Bien que le processus de consultation prévu soit facultatif, les parties espèrent qu'il deviendra le choix premier des ministères et organismes gouvernementaux chaque fois que naît l'obligation de consulter les Mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse.

La liste suivante énumère quelques-unes des tâches à accomplir en vue de préparer les consultations de la Couronne :

- Examiner les différentes méthodes de consultation possibles en tenant compte des types d'activités que le ministère ou l'organisme exerce habituellement ou pourrait être appelé à exercer, ainsi que des processus de consultation qui sont peut-être déjà en place dans les régions ou dans le cadre de projets.

- Tenter de trouver une solution mutuellement satisfaisante à une situation donnée.

Provinces et territoires

Les arrêts *Nation Haïda, Première nation Tlingit de Taku River* et *Première nation cri Mikiwew* de la Cour suprême du Canada s'appliquent aux gouvernements provinciaux et territoriaux. Les gouvernements provinciaux et territoriaux ont instauré, à des degrés divers, leurs propres processus de consultation de la Couronne concernant des projets qui relèvent de leur compétence. Dans le cas d'initiatives qui engagent les deux ordres de gouvernement, il faudrait profiter au maximum des occasions de coordonner avec les gouvernements provinciaux ou territoriaux afin d'accroître l'efficacité en minimisant le double emploi et les incompatibilités.

Tiers

Les tiers, comme les promoteurs industriels, n'ont pas d'obligation légale de consulter les groupes autochtones dont les droits pourraient subir les effets préjudiciables de leurs activités. La Couronne est la seule responsable légale des conséquences de ses actes et de ses rapports avec des tiers qui pourraient avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités. Toutefois, dans le cadre de ses relations et de ses rapports avec les groupes autochtones, le secteur privé exerce normalement une diligence raisonnable et applique d'autres pratiques commerciales de semblable nature. De telles pratiques peuvent favoriser généralement les initiatives de consultation.

Les tribunaux ont également indiqué que la Couronne pouvait déléguer certains aspects procéduraux de la consultation à des tiers, comme le rôle assigné aux promoteurs industriels dans le cadre des évaluations environnementales ou l'imposition de conditions rattachées à l'émission des licences ou des autorisations pour réaliser certains types d'activités. De plus, la jurisprudence reconnaît que la Couronne peut tirer profit des consultations menées par un tiers et des mesures d'accommodement prises par des tiers. Le rôle d'activités de cette sorte menées par des tiers dans le cadre du processus de consultation devrait être intégré à tous les plans et à toutes les initiatives de consultation de la Couronne.

Dans le cas d'une obligation légale de consultation, la responsabilité en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe en dernier ressort à la Couronne car l'honneur de la Couronne ne peut être délégué.

- Veiller à ce que des comptes rendus de toutes les réunions et l'ensemble de la correspondance soient tenus pour que la Couronne puisse recourir à ces renseignements dans l'éventualité d'actions devant les tribunaux. Il se pourrait que ces renseignements soient communiqués à d'autres parties en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Il est donc possible qu'il faille prendre des mesures précises avant de convenir de tenir des discussions confidentielles ou non officielles ou d'assurer la confidentialité de documents. Il faut consulter l'avocat du ministère de la Justice avant de discuter de la façon dont des discussions ou des documents échangés au cours du processus de consultation pourraient être traités ou classifiés.
 - Dans ce but, veiller à ce que la Couronne dispose des documents relatifs aux consultations effectuées par des tiers ou des agents de la Couronne.
 - Prendre en considération les vues des groupes autochtones, les évaluer et y répondre.
 - Examiner les possibilités d'atténuer tous les effets préjudiciables que pourraient subir les groupes autochtones et leurs droits respectifs en vertu de l'article 35, et chercher à minimiser ces effets.
 - Être à l'écoute des participants en ce qui concerne les décisions qui ont été prises et la façon dont leurs préoccupations et leurs vues ont été prises en compte en considération au cours du processus décisionnel.
- La Couronne peut s'attendre raisonnablement à ce que les groupes autochtones s'acquittent des tâches suivantes :
- Exposer clairement et en temps opportun la nature et l'étendue des droits ancestraux ou des droits issus de traités qu'ils revendiquent, ainsi que les effets préjudiciables que la mesure envisagée par la Couronne ou un tiers pourrait avoir sur ces droits.
 - Informer la Couronne de leurs préoccupations.
 - Ne pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne pas défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions (source : paragraphe 42 de l'arrêt *Nation Haida c. Colombie-Britannique* de la Cour suprême du Canada).



- Identifier clairement l'entité ayant le pouvoir de consulter au nom du Canada dans le contexte en question – le ministère ou l'organisme qui a le mandat et le pouvoir de signer une entente ou un protocole conclu au nom du Canada (c'est-à-dire le niveau décisionnel nécessaire, les mandats requis ou qui sont en place actuellement, ainsi que le processus potentiel pour l'obtention d'approbations). Lorsque cela n'est pas possible, il est important que toutes les entités concernées travaillent en collaboration. La désignation d'un ministère ou d'un organisme responsable est fortement encouragée.
- Si un tiers ou une entité non gouvernementale est concerné, déterminer comment les communications avec le gouvernement concernant les renseignements, les échéanciers et les décisions relatives au projet seront assurées, et préciser si le tiers ou l'entité non gouvernementale prévoit mener des consultations avec des groupes autochtones.
- S'informer des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, sur lesquels la mesure envisagée pourrait avoir des effets préjudiciables.
- Veiller à ce qu'une évaluation de la solidité de la revendication soit effectuée et documentée.
- Veiller à ce que les renseignements pertinents sur la mesure envisagée par le gouvernement ou un tiers soient fournis en temps opportun aux groupes autochtones concernés, y compris les coordonnées de la personne-ressource à contacter au sein du gouvernement, et les échéanciers qui pourraient s'appliquer.
- Entamer le dialogue avec les groupes autochtones concernés au sujet de la mesure envisagée pour leur donner l'occasion de faire valoir des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, et d'exprimer leurs préoccupations à l'égard des effets préjudiciables que cette mesure pourrait avoir sur leurs droits ou leurs intérêts.
- Veiller à ce qu'il y ait un processus suffisant de dialogue avec les groupes autochtones (dans le cadre de processus publics ou de processus réglementaires établis ou en plus de ces processus) et à ce que toutes les communications soient consignées.
- Veiller à donner suite de façon coordonnée et en temps opportun à toutes les communications reçues des groupes autochtones.

ou les types de mesures que chacun pourrait être tenu de prendre, ainsi que la nature de l'activité ou de la décision.

Ministères et organismes fédéraux (la Couronne)

Lorsqu'une obligation légale de consulter a été établie à la suite d'une évaluation qui démontre que les mesures envisagées par la Couronne sont susceptibles d'avoir des effets sur une revendication crédible de droits ancestraux ou issus de traités (voir la partie C), un processus efficace de consultation inclura la collaboration des groupes autochtones et une coordination et la coopération des instances fédérales.

Le gouvernement fédéral tout entier est responsable de veiller à ce que toutes les obligations de consultation et, le cas échéant, d'accommodement soient remplies. Une restriction s'appliquant à un ministère, à un organisme ou à une autre entité fédérale ne limitera pas l'obligation de la Couronne dans les circonstances. Dans la suite des présentes, les termes ministère et organisme seront employés pour désigner toutes les entités fédérales qui jouent un rôle dans l'activité ou les mesures envisagées par la Couronne et dans le processus de consultation. En conséquence, il est important que tous les ministères et organismes participant à une activité qui crée une obligation juridique de consulter travaillent ensemble et coordonnent leurs efforts pour accomplir leurs mandats respectifs de façon à aider la Couronne à remplir ses obligations de consultation. Chaque ministère ou organisme fédéral participant à l'activité doit s'assurer que des mesures appropriées de consultation et, le cas échéant, d'accommodement, sont prises pour chaque décision ou acte qu'il prend et qui peut créer une obligation de consultation.

Dans certains cas, d'autres ministères ou organismes fédéraux devront participer au processus pour veiller à que la Couronne réagisse adéquatement et soit capable de traiter correctement avec les groupes autochtones concernés. La coordination et le soutien au sein du gouvernement fédéral sont indispensables pour que la Couronne puisse remplir ses obligations de consultation.

Les tâches suivantes sont pertinentes à une conduite honorable de la Couronne dans le contexte de consultations auprès de groupes autochtones (que ce soit dans un objectif de saine gouvernance ou en raison d'une obligation légale) et, si elles sont effectuées, elles contribuent à garantir que la Couronne agit honorablement :

- Établir clairement les grandes lignes de l'activité envisagée par la Couronne ou du processus d'approbation de l'activité d'un tiers, en indiquant tous les ministères et organismes fédéraux qui pourraient être concernés, les décisions

PARTIE B

CONSULTATION ET ACCOMMODÉMENT DES GROUPE AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires
afin de remplir l'obligation
légale de consulter

INFORMATIONS À L'INTENTION DES GESTIONNAIRES

Respect des délais – La consultation gagnera en efficacité si elle entreprend dès que possible dans le processus décisionnel. Des échéances claires et raisonnables seront établies en vue d'obtenir les commentaires des personnes concernées, et elles seront communiquées d'une manière claire.



prédéterminés, de motivations sous-jacentes ou d'apparence de manœuvres malhonnêtes.

Capacité d'adaptation – La consultation vise à donner suite aux droits et intérêts des Autochtones, à minimiser les effets préjudiciables potentiels d'une activité donnée et à traiter d'une manière sérieuse les questions soulevées. Pour ce faire, il faut que la Couronne soit prête à réagir, à faire preuve d'une certaine souplesse par rapport à la planification et à la mise en œuvre de l'activité proposée, et à envisager des mesures d'accommodement qui pourraient être appropriées dans le contexte en question.

Principes découlant de la pratique

Respect mutuel – La consultation doit être fondée sur le respect mutuel de tous les participants et prendre en compte la diversité des intérêts, des points de vue, des cultures, des idées et des préoccupations⁷.

Accessibilité et inclusivité – Il est important d'assurer la participation des groupes autochtones qui ont un intérêt dans la décision ou qui pourraient être touchés par la décision. Pour une consultation fondée sur une obligation légale de consulter, il faudrait s'assurer de la participation des groupes autochtones dont les droits établis ou potentiels sont susceptibles de subir des effets préjudiciables. Des mesures appropriées doivent être prises pour s'assurer que les groupes autochtones ont accès au processus, en prenant en compte les capacités des collectivités, leur situation géographique, leur situation linguistique ou socioéconomique, ou leurs capacités physiques.

Ouverture et transparence – Pour que le processus de consultation soit clair et équitable du point de vue de la procédure, il faudrait :

- établir un dialogue tôt dans le processus;
- fournir des renseignements clairs, exacts et pertinents;
- informer les participants de la façon dont leurs préoccupations ont été prises en considération dans le processus décisionnel et leur expliquer pourquoi les résultats n'en tiennent pas compte;
- documenter les résultats du processus.

Efficacité – Le processus de consultation doit être conçu de manière à utiliser les ressources et les processus existants et proposés de la manière la plus efficace possible, tout en maximisant la contribution de tous les participants.

IV PRINCIPES DIRECTEURS

Lorsqu'elle élaborera et mettra en œuvre des processus de consultation et d'accommodement, la Couronne respectera une série de principes qui découlent de la jurisprudence et des pratiques de consultation gouvernementales établies au cours des années.

Principes juridiques

Les principes juridiques suivants s'appliquent dans tous les cas où une obligation de consultation s'impose. Ils décrivent brièvement le fondement de cette obligation et les objectifs poursuivis par la Cour en imposant cette obligation de common law.

Honneur de la Couronne – L'honneur de la Couronne est en jeu dans tous les rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. L'obligation de consulter et, le cas échéant, d'accommoder découle de la relation spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones, et la Couronne doit l'exécuter d'une manière qui favorise la conciliation des droits et des intérêts autochtones et non autochtones.

Réconciliation – L'obligation de consulter et, le cas échéant, d'accommoder, fait partie d'un processus honorable de négociation et de réconciliation qui débute à l'affirmation de la souveraineté par la Couronne et se poursuit au-delà du règlement officiel des revendications, incluant l'application et la mise en œuvre des traités. Les efforts déployés par la Couronne pour consulter et accommoder les groupes autochtones dont les droits pourraient subir des effets préjudiciables doivent être compatibles avec l'objectif global de réconciliation avec les groupes autochtones.

Caractère raisonnable – Les efforts déployés par la Couronne en vue de concilier et d'équilibrer d'autres intérêts sociaux et les droits ancestraux et issus de traités, établis ou potentiels, doivent être raisonnables.

Consultation efficace – L'obligation de consulter nécessite une volonté sincère d'examiner les préoccupations et les intérêts légitimes qui sont liés aux effets que pourraient avoir les mesures envisagées par la Couronne sur les droits garantis par l'article 35. Pour que la consultation soit efficace, il doit y avoir une volonté et une capacité sincères d'adapter les mesures envisagées s'il y a lieu.

Bonne foi – La consultation doit reposer sur des efforts sincères, notamment la divulgation des facteurs et des renseignements pertinents et l'absence de résultats

2. Contexte juridique

L'obligation légale de consultation, définie dans les arrêts *Nation Haïda, Première nation Tlingit de Taku River* et *Première nation criée Mikisew* de la Cour suprême du Canada, constitue le fondement des présentes lignes directrices provisoires. Il y a plusieurs autres raisons ou sources juridiques à l'obligation de la Couronne de consulter les groupes autochtones, notamment des dispositions législatives et réglementaires, des accords sur les revendications territoriales globales, des traités, des ententes contractuelles, et d'autres exigences plus précises de la common law qui pourraient s'appliquer dans un contexte particulier. Il est important de déterminer la source juridique de l'obligation potentielle de consultation pour établir ce qui devrait être fait dans un contexte particulier. Le conseiller juridique du ministère de la Justice peut être utile à cet égard.

3. Contexte géographique

Partout au pays, l'application de méthodes de consultation communes et, s'il y a lieu, de mesures d'accommodement doit être conciliée avec l'existence de droits ancestraux et issus de traités, établis ou potentiels, dont l'étendue et le contenu varient. Ces droits varient en fonction du traité en vigueur, de la sorte d'activités, des ressources ou des revendications existantes, ou de la région où le projet ou l'activité doit avoir lieu. De plus, les ententes de règlement de revendications territoriales contemporaines comportent souvent leurs propres dispositions relatives à la consultation, qui ont été convenues par toutes les parties. Les procédures et les méthodes de consultation doivent tenir compte de ces différences et prévoir des adaptations appropriées pour aborder les différents types de droits et obligations de la Couronne qui sont en cause dans différentes régions géographiques du pays⁶. Le site Web d'Affaires indiennes et du Nord Canada propose, à des fins d'information, une carte du Canada représentant les traités modernes (ententes de revendications globales). Vous la trouverez à l'adresse suivante : <http://geoiewer/geoiewer/Default.aspx?Language=fr>. Vous pouvez imprimer en vous servant de la touche "Imprimer" qui se trouve à la gauche de l'écran.



La consultation des représentants des Premières nations, des Métis et des Inuits est une réalité canadienne qui précède les décisions de la Cour suprême du Canada. Bien que les méthodes de consultation diffèrent suivant le type de projet ou le ministère ou l'organisme gouvernemental concerné, de nombreuses méthodes ont été élaborées conjointement avec des représentants autochtones et appliquées de manière satisfaisante pour les parties concernées. De plus, les processus de consultation publique existants pourraient répondre à l'obligation de consulter dans bien des circonstances. Dans certains cas, les présentes lignes directrices compléteront les processus de consultation qui ont cours dans différentes régions du pays. Le secteur privé pourrait aussi mettre sur pied des processus de consultation. Tous les processus existants devraient être évalués afin de déterminer, s'il y a lieu, les mesures que la Couronne doit prendre pour s'acquitter de son obligation légale de consulter dans certaines circonstances précises. Prenons, par exemple, le processus fédéral d'évaluation environnementale imposé par la loi. Il comporte des mécanismes de consultation du public et des exigences particulières en matière d'information qui peuvent différer des exigences de l'obligation légale de consulter et qui devront être conciliées par les représentants fédéraux dans le cadre d'un projet ou d'une activité qui pourrait avoir des effets préjudiciables potentiels sur les droits garantis par l'article 35. Les ministères et organismes devront évaluer leurs méthodes à la lumière de ces lignes directrices et apporter les ajustements ou les changements qui s'imposent.

1. Contexte historique

L'obligation de consulter les groupes autochtones et, s'il y a lieu, d'accommoder leurs intérêts, peut être divisée en trois éléments distincts mais reliés, à savoir les contextes historique, juridique et géographique.

III CONTEXTE

autochtones concernés les préfèrent. Par conséquent, l'objectif des présentes lignes directrices est de proposer une méthode de consultation qui concilie le besoin de cohérence dans l'exécution de l'obligation légale de consulter de la Couronne avec la souplesse, la responsabilité et l'obligation de rendre compte voulues des ministères et organismes pour déterminer la meilleure façon de remplir cette obligation.



II OBJET

ministère ou organisme fédéral qui participe à l'activité ou au projet envisagé par la Couronne qu'il incombe de s'assurer que des mesures appropriées de consultation et, le cas échéant, d'accommodement sont prises si l'obligation s'applique aux décisions ou actes qui sont mis en œuvre.

Le présent document est divisé en trois parties : partie A – Introduction aux lignes directrices provisoires sur la consultation et l'accommodement des groupes autochtones; partie B – Informations directrices provisoires à l'intention des gestionnaires; partie C – Informations à l'intention de ceux qui tiennent les consultations. La partie C comprend une description des principes directeurs qui régissent la consultation, ainsi qu'un guide par étape que les ministères et organismes fédéraux peuvent consulter pour déterminer si une obligation existe et comment elle pourrait être remplie; le guide contient des listes détaillées de facteurs qui les aideront à gérer leurs consultations.

Les présentes lignes directrices ont pour objet de fournir aux ministères et aux organismes fédéraux des conseils et des indications pratiques concernant l'obligation légale de la Couronne de consulter les groupes autochtones et, s'il y a lieu, d'accommoder leurs intérêts. Elles visent à donner des conseils et à proposer des mesures pour aider les ministères et les organismes fédéraux à déterminer si des consultations avec des groupes autochtones sont requises sur le plan juridique et, le cas échéant, comment les organiser et favoriser les conditions nécessaires à l'obtention d'une consultation adéquate. La mise en œuvre des présentes lignes directrices est une étape qui permettra d'aligner le besoin d'uniformité dans les pratiques et mesures fédérales avec le droit en fournissant des renseignements et des outils communs et en se fondant sur des informations existantes au sein du système fédéral.

Tous les ministères et organismes fédéraux sont tenus de s'acquiescer de l'obligation légale de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder. En outre, de nombreuses méthodes de consultation sont employées actuellement d'un bout à l'autre du pays (entre autres dans le cadre de nombreux accords de consultation liés à des projets particuliers). Laisser aux différents ministères et organismes fédéraux le soin de décider de la meilleure façon de s'acquiescer de leurs responsabilités en matière de consultation produirait probablement des résultats inégaux et pourrait accroître le risque juridique pour le Canada. Toutefois, le recours à des lignes directrices très normatives reviendrait à réinventer la roue dans de nombreux cas où les processus de consultation existants s'avèrent adéquats et les groupes

logique, cohérente et efficace.

Le gouvernement du Canada consulte la population canadienne sur des questions qui ont de l'importance et qui présentent un intérêt pour elle. La consultation joue un rôle important dans la saine gestion des affaires publiques, l'élaboration de politiques rationnelles et la prise de décisions éclairée. Le gouvernement fédéral consulte les peuples autochtones non seulement pour atteindre ses objectifs en matière de saine gestion publique, mais aussi pour des raisons juridiques. Le Canada est tenu de consulter les groupes autochtones en vertu de ses obligations statutaires, contractuelles et de la common law. Le processus menant à la décision de consulter inclut l'examen de tous ces facteurs et de leur interaction. Toutefois, les présentes lignes directrices provisoires ne sont pas axées sur le contexte général, mais plutôt sur la détermination du moment de consulter, des groupes qui doivent être consultés et du processus à mettre en œuvre pour s'acquitter de l'obligation de consultation prévue par la common law et que la Cour suprême du Canada a décrite récemment dans les arrêts *Nation Haïda*¹, *Première nation Tlingit de Taku River*² et *Première nation crie Mikisew*³.

L'obligation de consultation prévue par la common law est fondée sur l'interprétation judiciaire des obligations de la Couronne dans le contexte des droits existants – ancestraux et issus de traités – des peuples autochtones du Canada, découlant de leur reconnaissance et de leur confirmation au titre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*^{4,5}. Dans les arrêts *Nation Haïda* et *Première nation Tlingit de Taku River*, la Cour suprême du Canada a statué que la Couronne a une obligation légale de consultation et, le cas échéant, d'accommodement, lorsqu'elle envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits (potentiels ou établis) garantis par l'article 35. Cette obligation a été appliquée à différentes mesures envisagées par la Couronne et relativement à divers droits ancestraux et issus de traités, potentiels et établis. Aux fins des présentes lignes directrices, l'obligation légale de consultation fait référence à l'obligation prévue par la common law; nous ferons référence aux obligations statutaires et contractuelles de consultation d'une manière explicite.

Dans les causes en question, la Cour suprême du Canada a également conclu que l'obligation légale de consultation, qui découle de la relation spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones, doit être remplie d'une manière qui protège l'honneur de la Couronne et qui favorise la conciliation des intérêts autochtones et non autochtones. La Cour suprême du Canada prend en considération la façon dont la Couronne gère ses relations avec les groupes autochtones et la façon dont elle se conduit lorsqu'il est question de droits ancestraux et issus de traités qui jouissent d'une protection constitutionnelle. Les décisions de la

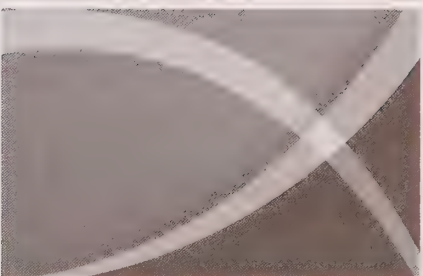


PARTIE A

CONSULTATION ET ACCOMMODEMENT DES GROUPE AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires
afin de remplir l'obligation
légale de consulter

INTRODUCTION



ANNEXE B : RÉSUMÉS DE CAUSES	29
PARTIE C – INFORMATIONS À L'INTENTION DE CEUX QUI TIENNENT LES CONSULTATIONS	
LE PROCESSUS DE CONSULTATION DE LA COURONNE	39
Première phase : Analyse et planification préliminaires	41
– Première étape : Décrire et planifier l'activité ou le projet proposé	41
– Deuxième étape : Faire des recherches préliminaires sur les groupes autochtones et leurs droits dans la région, et cerner les effets potentiellement préjudiciables de l'activité ou du projet proposé	42
– Troisième étape : Effectuer l'évaluation et l'analyse préliminaires, y compris l'évaluation de la solidité du droit revendiqué	43
– Quatrième étape : Déterminer la gravité potentielle des effets préjudiciables de l'activité ou du projet proposé sur les droits potentiels ou établis garantis par l'article 35	44
– Cinquième étape : S'il semble y avoir obligation légale de consulter, déterminer le contenu de cette obligation (les étapes et le contenu préliminaires d'un processus de consultation)	49
Deuxième phase : Consultation par la Couronne	51
– Mettre en œuvre le processus de consultation de la Couronne	51
Troisième phase : Accommodement	55
– Première étape : Recueillir les renseignements généraux justifiant l'accommodement	57
– Deuxième étape : Examiner et déterminer la ou les options d'accommodement	58
– Troisième étape : Choisir la ou les options d'accommodement	59
– Quatrième étape : Documenter et communiquer la ou les décisions	59
Quatrième phase : Mise en œuvre, surveillance et suivi	60
– Première étape : Mettre en œuvre la décision	60
– Deuxième étape : Surveiller la mise en œuvre	60
– Troisième étape : Assurer le suivi	61
NOTES EN FIN DE TEXTE	62

CONSULTATION ET ACCOMMODÉMENT DES GROUPE AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires
à l'intention des fonctionnaires fédéraux
afin de remplir l'obligation
légale de consulter

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A – INTRODUCTION

I	Introduction	5
II	Objet	7
III	Contexte	8
	– Contexte historique	8
	– Contexte juridique	9
	– Contexte géographique	9
IV	Principes directeurs	10
	– Principes juridiques	10
	– Principes découlant de la pratique	11

PARTIE B – INFORMATIONS À L'INTENTION DES GESTIONNAIRES

I	Rôles et responsabilités	15
	– Ministères et organismes fédéraux (la Couronne)	15
	– Groupes autochtones	17
	– Provinces et territoires	18
	– Tiers	18
II	Se préparer aux processus de consultation de la Couronne	19
	– Préparation de votre ministère ou organisme à la consultation	19
	– Considérations relatives aux ressources financières et humaines	21
	– Considérations relatives à la formation	22
	– Participation des avocats du ministère de la Justice	23
	– au processus de consultation	23
	– Tenue de consultations – liste de vérification des règles élémentaires ...	24
	ANNEXE A : DÉFINITIONS	25

Publié avec l'autorisation du
ministre des Affaires indiennes et du Nord
canadien et interlocuteur fédéral auprès des
Métis et des Indiens non inscrits
Ottawa, 2009
www.ainc-inac.gc.ca
1 800 567-9604
ATME seulement 1 866 553-0554

QS-7105-000-BB-A1
Numéro de Catalogue : R3-111/2009
Numéro ISBN : 978-1-100-50392-9

Ministre des Travaux publics et des
Services gouvernementaux Canada

This publication is also available in English under the title: Aboriginal
Consultation and Accommodation - Interim Guidelines for Federal Officials to
Fulfill the Legal Duty to Consult

Ce document est disponible sur le site des Affaires indiennes et du Nord Canada à
<http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/mr/is/acp/intgui-tra.asp>

CONSULTATION ET ACCOMMODEMENT DES GROUPE AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires
à l'intention des fonctionnaires fédéraux
afin de remplir l'obligation
légale de consulter

FÉVRIER 2008

